DIE RECHTE DES VORBEHALTSVERKÄUFERS NACH § 46 KO IM KONKURS DES KÄUFERS

Richard Moritz

1990

DIE RECHTE DES VORBEHALTSVERKÄUFERS NACH § 46 KO IM KONKURS DES KÄUFERS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereiches Rechtswissenschaft
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Richard Moritz

aus Stuttgart

1970

DISSERTATIONSDRUCK -SCHÖN- München 23 · Belgradstraße 11

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Robert Scheyhing
1. Berichterstatter: Professor Dr. Fritz Baur
2. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Münzberg

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juli 1970

FÜR MEINE ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
EINLEITUNG		1
ERSTER TEIL		
Die Voraussetzungen des Anspruchs nach § 46 KO		4
I.	Die Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstands	4
	1. Der Begriff der Aussonderung (§ 43 KO)	4
	2. Das Vorbehaltsgut als Gegenstand der Aussonderung	5
	3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Aussonderung	7
	a) Die Aussonderungsfähigkeit des von der Verarbeitungsklausel ergriffenen Gegenstands	7
	b) Das Arbeitsprodukt des Vorbehaltskäufers als Gegenstand der Sicherungsübereignung	9
	c) Die Anwendbarkeit des § 46 KO auf Gegenstände der Absonderung (§§ 47 ff. KO)	10
II.	Der Zeitpunkt, in dem die Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstands bestanden haben muß	11
III.	Die Veräußerung	15
	1. Der Begriff der Veräußerung in § 46 KO	15
	2. Folgerungen	15
	3. Insbesondere: der Einbau von Vorbehaltsgut auf rechtsgeschäftlicher Grundlage	16
	4. Setzt § 46 KO die Wirksamkeit der Veräußerung voraus?	19
	a) Der Stand der Meinungen	19
	b) Stellungnahme	20
	c) Steht der nachträglichen Genehmigung einer unwirksamen Verfügung über den Gegenstand § 15 KO entgegen?	22
	d) Besonderheiten beim Eigentumsvorbehalt	25
	5. Setzt eine Anwendung des § 46 KO die Rechtswidrigkeit der Veräußerung voraus?	25
	a) Der Stand der Meinungen	26
	b) Zur Kritik	27
	c) Die Meinung Baurs	29
	d) Stellungnahme	31
	e) Die Veräußerung von Gegenständen des Eigentumsvorbehalts	32
IV.	Die Weiterveräußerungsermächtigung beim Vorbehaltskauf	33
	1. Bestand und Umfang der Weiterveräußerungsermächtigung	34

a) Kann die Weiterveräußerungsermächtigung konkludent erteilt werden? 34
b) Der Begriff des "ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs" 35
c) Folgerungen 36
d) Die ausdrücklich erteilte Weiterveräußerungsermächtigung 38
e) Besonderheiten beim Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel 38
f) Der weitergegebene Eigentumsvorbehalt 42
2. Das Erlöschen der Weiterveräußerungsermächtigung 42
a) durch Widerruf seitens des Vorbehaltsverkäufers 42
b) durch Vertragsauflösung 45
3. Die Weiterveräußerungsermächtigung bei Gegenständen des verlängerten Eigentumsvorbehalts 45
V. Die Gegenleistung 46
1. Der Begriff der Gegenleistung 47
2. Beweislast 49
VI. Der Schutz des Vorbehaltsverkäufers im Rahmen des § 46 KO hinsichtlich der im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts erworbenen Forderung 50
1. Der Verkauf bzw. die entgeltliche Abtretung der Forderung 50
2. Die Einziehung der Forderung 51
a) Die Einziehung als Veräußerung i.S. des § 46 KO 51
b) Wann ist die Einziehung der Forderung durch den Konkursverwalter rechtswidrig? 52
c) Ist die Wirksamkeit der Leistung des Schuldners an den Konkursverwalter gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer erforderlich (§ 407 BGB)? 54

ZWEITER TEIL

Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers nach § 46 KO 57

I. Inhalt und Umfang des Anspruchs nach § 46 S. 1 KO 57
1. Das Ausstehen der Gegenleistung 57
2. Der Inhalt des Anspruchs nach § 46 S. 1 KO 58
3. Der Umfang des Anspruchs nach § 46 S. 1 KO 59
II. Der Umfang des Ersatzaussonderungsanspruchs beim Eigentumsvorbehalt 61
1. Beim einfachen Eigentumsvorbehalt 61
2. Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt 66

III. Der Anspruch nach § 46 S. 1 KO bei der Veräußerung eines im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts dem Vorbehaltsverkäufer zur Sicherung übereigneten Gegenstands 67
IV. Der Anspruch nach § 46 S. 2 KO 68
1. Das Erfordernis der Unterscheidbarkeit 68
2. Die Unterscheidbarkeit bei Zahlungen 70
3. Inhalt und Umfang des Anspruchs nach § 46 S. 2 KO 77
V. Das Verhältnis zwischen Ersatzaussonderungsanspruch und Kaufpreisanspruch des Vorbehaltsverkäufers 77

LITERATURVERZEICHNIS

Bauknecht	Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurs NJW 1956, 1177 ff.
Baur	Lehrbuch des Sachenrechts 4. Aufl. 1968 München und Berlin (Zit.: Baur SR)
ders.	Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- u. Vergleichsrecht 2. Aufl. 1969 Karlsruhe (Zit.: Baur, Fälle)
Blomeyer, J.	Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrags JZ 1968, 691 ff.
Böhle-Stamschräder	Konkursordnung 9. Aufl. 1969 München
v. Caemmerer	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof NJW 1952, 1318 ff.
Coing	Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Umstellung und Konkurs JZ 1953, 97 ff.
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Schuldrechts 15. Bearb. Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum BGB Bd.1 3. Aufl. 1962 Münster Bd.2 4. Aufl. 1967 Münster
Fichtner	Kommentar zum Konkursrecht 1955 Düsseldorf
Fitting	Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren 3. Aufl. 1904
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II Das Rechtsgeschäft 1965 Berlin-Heidelberg (Zit.: Flume II)

Flume	Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt NJW 1950, 841 ff.
ders.	Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts NJW 1959, 913 ff.
ders.	Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers AcP 161 (1962), 385 ff.
Franke	Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung BB 1955, 717 ff.
ders.	Eigentumsvorbehalt und Ersatzaussonderung KTS 1957, 139 ff.
Fritze	Ersatzaussonderungsrecht des Verkäufers beim verlängerten Eigentumsvorbehalt BB 1956, 943 ff.
Hahn	Die gesammelten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. IV Materialien zur Konkursordnung (1881) (Zit.: Hahn, Motive)
Heck	Grundriß des Sachenrechts Tübingen 1930
Heidland	Verlängerter und erweiterter Eigentumsvorbehalt im Insolvenzverfahren KTS 1960, 17 ff.
ders.	Der Begriff der Preisschleuderei in § 18 Ziff. 1 VglO KTS 1968, 81 ff.
Hellwig	Über Erweiterungen des Eigentumsschutzes durch persönliche Ansprüche, mit besonderer Beziehung auf § 38 der Reichskonkursordnung AcP 25 (1885), 217 ff.
Hochmuth	Die Ersatzaussonderung Leipziger rechtswiss. Studien Heft 63 Leipzig 1931
Jaeger-Lent	Kommentar zur Konkursordnung Bd. 1 8. Aufl. 1956/58 Berlin
Kaser	Das Geld im Sachenrecht AcP 143 (1937), 1 ff.

Kipp-Coing	Erbrecht 11. Bearb. Tübingen 1960
Klusak	Ersatzaussonderung bei zu unbestimmter Vorausabtretung? KTS 1965, 212 ff.
Koch	Die Preußische Konkursordnung mit Kommentar Berlin 1855
Kühn	Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht WM 1959, 98 ff.
Küster	Verlängerter Eigentumsvorbehalt an Baumaterial BB 1959, 977 ff.
Lange	Zum System des deutschen Vermögensrechts AcP 147, 330 ff.
Lent-Jauernig	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht 11. Aufl. 1969 München
Medicus	Bürgerliches Recht Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung 2. Aufl. 1969 Köln, Berlin, Bonn, München
Mentzel-Kuhn	Die Konkursordnung 6. Aufl. 1955 Berlin u. Frankfurt
Meyer-Giesow	Zur Frage der Unterscheidbarkeit bei der Anwendung des § 46 S. 2 KO KTS 1967, 29 ff.
Mohrbutter	Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts 1965 Köln, Berlin, Bonn, München
ders.	Die neuere Lehre vom Anwartschaftsrecht und ihr Einfluß auf insolvenzrechtliche Probleme KTS 1965, 187 ff.
Mohrbutter-Haarmann	Leitfaden für Vergleichs- und Konkursverwalter 1958 Köln-Berlin
Oetker	Konkursrechtliche Grundprobleme ZZP 25 (1899), 71 ff.

Offtermatt	Das Wahlrecht des Konkursverwalters Diss. Tübingen 1966
Pagenstecher-Grimm	Der Konkurs 4. Aufl. 1968 München
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch Bearb. v. Danckelmann, Degenhart, Heinrichs, Keidel, Lauterbach, Putzo, Thomas 28. Aufl. 1969 München
Raiser, Ludwig	Dingliche Anwartschaften Tübingen 1961
Raiser, Rolf	Probleme des Versicherungs- und Konkursrechts zur Feuerversicherung sicherungsübereigneter Sachen VersR 1954, 201 ff.
Reinhardt	Vom Wesen des Geldes und seine Einfügung in die Güterordnung des Privatrechts Festschrift für Gustav Boehmer Bonn 1954 S. 60 ff. (Zit.: Reinhardt, Festschrift)
Rühl	Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltskäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung Leipz. Zeitschrift f. Handels- u. Vers. Recht 1931 Sp. 153 ff.
Schlegelberger-Hefermehl	Kommentar zum HGB Bd.3 4. Aufl. 1965 Bd.4 4. Aufl. 1966 Berlin u. Frankfurt
Schlotterbeck	Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts Diss. Tübingen 1966
Schreiter	Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Ausschluß der Forderungsabtretung im Baugewerbe BB 1958, 1227 ff.
Schönke-Baur	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 8. Aufl. 1969 Karlsruhe
Schwarz	Sind Konkursvorrechte noch berechtigt? KTS 1961, 113 ff.

Serik	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt 1963 Heidelberg Bd. II Die einfache Sicherungsübertragung 1965 Heidelberg (Zit.: Serik I, II)
Simitis	Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes AcP 159 (1966), 406 ff.
Soergel-Siebert	BGB Bd. 2 Schuldrecht I 10. Aufl. 1967 Bd. 3 Schuldrecht II 10. Aufl. 1969
Staudinger	Kommentar zum BGB Bd. 3 Sachenrecht 11. Aufl. Bd. 5 Erbrecht 11. Aufl.
Unger	Das Anwartschaftsrecht -Ein Beitrag zur Systematik der Anwartschaftsrechte- KTS 1969, 193 ff.
Walb	Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs BB 1953, 577 ff.
Werner	Die Verwertungsbefugnis in § 127 KO bei betagten Forderungen KTS 1969, 215 ff.
Westermann	Sachenrecht 5. Aufl. 1966 Karlsruhe

EINLEITUNG

Die Vorschrift des § 46 KO gewährt demjenigen, dessen Recht auf Aussonderung eines bestimmten Gegenstands aus der Konkursmasse dadurch vereitelt wurde, daß dieser entweder vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens oder vom Konkursverwalter nach diesem Zeitpunkt veräußert worden ist, einen Anspruch auf Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht. Ist die Gegenleistung nach Eröffnung des Konkursverfahrens zur Konkursmasse gezogen worden, so kann sie der ursprünglich Aussonderungsberechtigte aus dieser beanspruchen.

Die Regelung, die den gesetzlichen Kreis der Aussonderungsansprüche entgegen dem in § 43 KO aufgestellten Grundsatz auf massezugehörige Gegenstände erstreckt, verdankt ihre Entstehung Billigkeitsgründen [1]. Ohne sie würde der Aussonderungsberechtigte bei der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands durch den Gemeinschuldner mit Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüchen oder Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag in die Rolle eines einfachen Konkursgläubigers gedrängt sein. Bei der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands durch den Konkursverwalter stünde ihm zwar u. U. ein Masseschuldanspruch nach § 59 Nr. 1 oder Nr. 3 KO zu [2], der ihm jedoch, da er auf den Bestand der Konkursmasse begrenzt ist, möglicherweise nur einen unvollkommenen Ausgleich schaffen würde. Auf der anderen Seite käme der Gegenwert für den dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand ungerechtfertigterweise den übrigen Konkursgläubigern zugute.

Die Frage ob bzw. unter welchen Voraussetzungen für den Vorbehaltsverkäufer mit der Veräußerung des Vorbehaltsguts im Konkurs des Käufers ein Ersatzaussonderungsanspruch nach § 46 KO entsteht, ist von großer praktischer Bedeutung. Diese ergibt sich aus dem Umfang, in dem der Eigentumsvorbehalt im Geschäftsleben als Sicherungsmittel herangezogen wird, das sich gerade im Konkurs, als dem "Kampf" der Gläubiger um die Vermögenswerte des Gemeinschuldners, bewähren soll. Bekanntlich wurde unter dem Druck des Sicherungsbedürfnisses der gewerblichen Wirtschaft wegen der steigenden Zahl der Warenkreditkäufe der für den Eigentumsvorbehalt vorgegebene gesetzliche Rahmen des § 455 BGB gesprengt. Gegen den z. T. erheblichen Widerstand der Rechtslehre [3] bildeten

---

1) Vgl. Hahn, Motive S. 183

2) daneben evtl. ein Schadensersatzanspruch gegen den Konkursverwalter persönlich gem. § 82 KO.

3) Vgl. v. Thur DJZ 1904, 426; Fischer NJW 1959, 366; Barkhausen NJW 1959, 845 f.

sich die Formen des sog. verlängerten bzw. erweiterten Eigentumsvorbehalts, deren Regelung heute wohl als gewohnheitsrechtlich sanktioniert gelten können [1]. Ausschlaggebend für diese Entwicklung war u. a. das (wirtschaftlich ungesunde) Überhandnehmen der Sicherungsübereignung im Zwischenhandel, mit der sich "der Geldkreditgeber, häufig zum Nachteil des Warenlieferanten, vor den Folgen der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit zu schützen sucht" [2]. Der verlängerte bzw. erweiterte Eigentumsvorbehalt entspringt zwar dem Sicherungsbedürfnis des Warenlieferanten, ist jedoch gleichzeitig ein Abwehrmittel gegen die Praktik der Geschäftsbanken [3].

Die einzelnen Formen des Eigentumsvorbehalts, die, wie sich zeigen wird, z. T. zu gesonderter Betrachtung im Rahmen der nachfolgenden Untersuchungen Anlaß geben, sollen hier kurz skizziert werden.

Beim einfachen Eigentumsvorbehalt wird der Kaufgegenstand dem Käufer mit der Maßgabe übergeben, daß der Übergang des Eigentums erst mit vollständiger Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises erfolgt; (§ 455 BGB).

Der verlängerte Eigentumsvorbehalt entsteht durch zusätzliche Vereinbarung einer "Abtretungsklausel" oder einer "Verarbeitungsklausel".
Im ersten Fall schafft sich der Vorbehaltsverkäufer für das bei einer Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts im Geschäftsgang des Käufers untergehende Eigentum eine Ersatzsicherung dadurch, daß er sich die künftige Forderung aus dem Weiterverkauf im voraus abtreten läßt, wobei der Vorbehaltskäufer regelmäßig zur Einziehung der Forderung ermächtigt wird (sog. stille Zession) [4].
Verarbeitet der Erwerber das Vorbehaltsgut, so läuft der Vorbehaltsverkäufer Gefahr, sein Eigentum über § 950 BGB zu verlieren. Die Verarbeitungsklausel hat den Zweck, diese gesetzliche Regelung vertraglich zu isolieren. Dies geschieht durch die Vereinbarung, der Erwerber verarbeite das Vorbehaltsgut für den Vorbehaltseigentümer, wodurch dieser zum "Hersteller" i. S. des § 950 BGB wird

---

1) Die Diskussion um diese Formen, vor allem de lege ferenda, ist noch nicht abgeschlossen. Vgl. dazu Serik I § 1 II 1 mit Nachw.
RG 147, 325.

2) Zur Anschauung: BGH JZ 1968, 528 m. Anm. von Esser.

3) Serik I § 2 I 2.

4) Zu den Voraussetzungen, die Rspr. und Lehre für die Wirksamkeit einer Abtretung künftiger Forderungen - vor allem hinsichtlich deren Bestimmbarkeit - aufgestellt haben, vgl. BGH 26, 185 ff (189); Serik II § 24 II 2 ff m. w. Nachw.

und daher das Eigentum an dem Herstellungsprodukt erwirbt [1].
Der Vorbehaltsverkäufer kann sich in diesen Fällen auch dadurch schützen, daß er sich mittels der Vereinbarung eines antizipierten Besitzkonstituts das Arbeitsprodukt vom Vorbehaltskäufer im voraus sicherungshalber übereignen läßt.

Beim erweiterten Eigentumsvorbehalt geht das Eigentum am Vorbehaltsgut auf den Erwerber erst dann über, wenn der Vorbehaltsverkäufer auch wegen anderer Forderungen, wegen aller Forderungen aus der bestehenden Geschäftsverbindung bzw. dem bestehenden Kontokorrentverhältnis (sog. Saldo oder Kontokorrentvorbehalt) befriedigt ist, oder wenn der Erwerber auch anderen konzernangehörigen Gläubigern gegenüber bestehende Verbindlichkeiten erfüllt hat (sog. Konzernvorbehalt). Diese Form des Eigentumsvorbehalts spielt im Rahmen des § 46 KO allerdings keine besondere Rolle.

Die folgenden Ausführungen sollen eine Antwort auf die Frage ermöglichen, in welchen Fällen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Vorbehaltsverkäufer ein Anspruch nach § 46 KO zusteht, wenn der Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter über einen vom (verlängerten) Eigentumsvorbehalt ergriffenen Gegenstand verfügt hat.

---

1) Nach hM ist eine dahingehende Vereinbarung zulässig. Vgl. BGH 20, 159 ff (163); BGH 46, 117; Staudinger-Berg Rdn. 15 zu § 950 BGB; a. A. z. B. Palandt-Degenhart Anm. 3 zu § 950 BGB m. w. Nachw. für beide Meinungen.

ERSTER TEIL
DIE VORAUSSETZUNGEN DES ANSPRUCHS NACH § 46 KO

I. DIE AUSSONDERUNGSFÄHIGKEIT DES VERÄUSSERTEN GEGENSTANDS

Voraussetzung eines Ersatzaussonderungsanspruchs für den Berechtigten ist nach dem Wortlaut des § 46 KO zunächst, daß der vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter veräußerte Gegenstand aus der Konkursmasse hätte ausgesondert werden können.

1. Der Begriff der Aussonderung (§ 43 KO)

Obgleich Gegenstand des Konkurses nur das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörende Vermögen ist (§ 1 KO), nimmt der Konkursverwalter regelmäßig alles, was er bei dem Gemeinschuldner an Vermögenswerten vorfindet, gem. § 117 KO berechtigterweise in Besitz. Die Konkursmasse, die auf diesem Weg entsteht, ist aber nicht gleichbedeutend mit derjenigen, die den Konkursgläubigern zur anteiligen Befriedigung zur Verfügung steht (" Sollmasse"); es ist vielmehr eine Scheinkonkursmasse ("Istmasse"), die auf der einen Seite in der Praxis wohl stets nicht zur Konkursmasse gehörige Gegenstände enthält, andererseits aber auch die Konkursmasse noch nicht voll zu enthalten braucht.

Da die vom Konkursverwalter mit der Besitzergreifung vollzogene Beschlagnahme von konkursfreiem Vermögen § 1 KO widerspricht, gibt § 43 KO dem Berechtigten einen Anspruch auf Aussonderung solcher Gegenstände, die dieser auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts vom Gemeinschuldner herausverlangen kann [1], die dem Gemeinschuldner daher "nicht gehören".
Es handelt sich bei der Aussonderung nicht um eine Streitigkeit über die Massezugehörigkeit eines Gegenstands, da dieser sich ja tatsächlich in der (Ist)Masse befindet [2], sondern um die Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit zur (Soll) Masse [3]. Das vom Berechtigten klageweise gegen den Konkursverwalter geltend-

---

1) Persönliche Ansprüche berechtigen nicht zur Aussonderung, wenn sie lediglich auf die Verschaffung von Gegenständen des Gemeinschuldners gerichtet sind; allg. Meinung, vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 7 zu § 43 KO.

2) Das Gesetz spricht in § 43 KO von "Aussonderung aus der Konkursmasse".

3) Böhle-Stamschräder Anm. 1 zu § 43 KO; Mohrbutter C II 7; Lent-Jauernig § 45 I.

zumachende Aussonderungsbegehren qualifiziert sich demnach als eine der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO verwandte Klageart [1].

2. Das Vorbehaltsgut als Gegenstand der Aussonderung

Nach hM gibt das Vorbehaltseigentum dem Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des Käufers ein Aussonderungsrecht [2], weil die Kaufsache dem Vorbehaltskäufer vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises "nicht gehört" (§§ 43, 1 KO). [3]

Aus dem Begriff der Aussonderung, wie er oben entwickelt worden ist, ergibt sich, daß die Aussonderungsfähigkeit eines Gegenstands nicht erfordert, daß der dem Aussonderungsrecht zugrundeliegende bürgerlich-rechtliche Herausgabeanspruch auch durchgesetzt werden kann. Letzteres ist ja beim Eigentumsvorbehalt nur dann möglich, wenn das Besitzrecht des Gemeinschuldners bzw. des Konkursverwalters hinsichtlich der Vorbehaltssache wegen Erlöschens der Erfüllungsansprüche aus dem Kaufvertrag und dem daraus folgenden Untergang des Anwartschaftsrechts entfallen ist [4]. Es genügt, daß der Vorbehaltskäufer die

---

1) Baur LB § 60 I. Der Klagantrag richtet sich nach dem materiellen Inhalt des dem Aussonderungsrecht zugrundeliegenden dingl. oder persönl. Anspruchs.

2) Vgl. etwa BGH KTS 1968, 241 ff (242); Jaeger-Lent Anm. 37b zu § 43 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 3 zu § 43 KO. A.A. insbes. Raiser (Dingliche Anwartschaften, S. 96), der dem Vorbehaltsverkäufer lediglich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung an der Vorbehaltssache gem. §§ 47 ff KO zugestehen will.

3) Andererseits gehört allerdings das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers auf Eigentumserwerb am Vorbehaltsgut aus der aufschiebend bedingten Übereignung zum "Vermögen des Gemeinschuldners" (§ 1 KO) und damit zur Konkursmasse (Sollmasse). Der Vermögenswert des Anwartschaftsrechts ist abhängig von der Höhe der vom Vorbehaltskäufer an den Vorbehaltsverkäufer geleisteten Zahlungen; (vgl. die anschauliche grafische Darstellung bei Baur SR § 59 I 2b).
Über die Konsequenzen, die sich aus dieser "Substanzteilung" hinsichtlich des Vorbehaltsguts für den Umfang des Ersatzaussonderungsanspruchs ergeben, vgl. unten S. 61 ff.

4) Über den Bestand eines solchen Besitzrechts ist man sich weitgehend einig; dagegen neuerdings Gudian NJW 1967, 1786. Streitig ist nur, ob sich das Besitzrecht auf das Anwartschaftsrecht und/oder den Kaufvertrag gründet. Dazu eingehend Offermatt S. 104 ff m. Nachw. Vgl. auch Blomeyer JZ 1968, 691 ff.

Nichtzugehörigkeit des Vorbehaltsgegenstands zur Konkursmasse geltend machen kann. Das Erstreiten einer entsprechenden Feststellung gegenüber dem Konkursverwalter, der den Gegenstand für freies Vermögen des Gemeinschuldners hält, ist bereits "Aussonderung" i.S. des § 43 KO [1].

Weiter ergibt sich, daß die bestehende Aussonderungsfähigkeit des Vorbehaltsguts unabhängig davon ist, ob bzw. wie der Konkursverwalter von dem ihm nach hM gem. § 17 KO zustehenden Wahlrecht [2] Gebrauch gemacht hat. Die Erfüllungswahl hinsichtlich des Kaufvertrags durch den Konkursverwalter hat lediglich zur Folge, daß der Kaufpreisanspruch des Vorbehaltsverkäufers Masseschuld gem. § 59 Nr. 2 KO wird. Die dingl. Rechtslage hinsichtlich des Vorbehaltsguts wird dadurch nicht verändert. Vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises durch den Konkursverwalter ist der Vorbehaltsverkäufer daher aufgrund seines vorbehaltenen Eigentums in gleicher Weise befugt, einer Verwertung des Vorbehaltsguts für die Konkursmasse zu widersprechen [3], wie wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrags abgelehnt oder noch gar keine Wahl getroffen hat. Trotz Erfüllungswahl bleibt das Vorbehaltsgut ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner "nicht gehört" und damit aussonderungsfähig i.S. der §§ 43, 46 KO ist. In der Folge ist es für die Anwendung des § 46 KO auf Vorbehaltsgut unerheblich, ob man dem Konkursverwalter im Konkurs des Vorbehaltskäufers überhaupt ein Wahlrecht nach § 17 KO zubilligt.

Für den Fall, daß der Konkursverwalter das Vorbehaltsgut nach Erfüllungswahl - sei es, daß er irrig glaubt, dieses vor vollständiger Kaufpreiszahlung für die Masse verwerten zu können, sei es dolos - [4] veräußert [5], kann somit dem

---

1) Vielfach wird in der Lit. ungenau von einem Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers nur gesprochen, wenn ein durchsetzbarer Herausgabeanspruch besteht. So führt z.B. Baur (SR § 59 IV 1a) aus: "Im Konkurs hat der VVK nur ein Aussonderungsrecht (§ 43 KO), sofern er nach § 455 BGB wirksam zurückgetreten ist."

2) Vgl. BGH KTS 1968, 241 ff (242); zum Stand der Meinungen: Serik I § 13 II 1 a m. Nachw.

3) Nicht widersprechen kann der Vorbehaltsverkäufer demgegenüber einer Verfügung über das Anwartschaftsrecht. Vgl. BGH 20, 88 ff (99); BGH KTS 1959, 153 ff (154); Mohrbutter KTS 1965, 189; Baur SR § 59 V 2a.

4) Klusak (KTS 1965, 213) ist zu Unrecht der Meinung, der Konkursverwalter dürfe, damit § 46 KO anwendbar sei, bei der Veräußerung keine Kenntnis von seiner Nichtberechtigung haben, da er in diesem Fall außerhalb der ihm zustehenden Befugnis handle und die Konkursmasse nicht verpflichten könne. Schon die Motive (Hahn, Motive S. 183) betonen ausdrücklich: "Der Fall, daß die bei Eröffnung des Verfahrens in Beschlag genommene

Vorbehaltsverkäufer neben einem Anspruch nach § 59 Nr. 2 KO auch ein Anspruch aus § 46 KO erwachsen, falls dessen übrige Voraussetzungen vorliegen 1). Zwischen den beiden Ansprüchen besteht Anspruchskonkurrenz. Erfüllt der Konkursverwalter den Kaufpreisanspruch, so erlischt der Anspruch des Vorbehaltsverkäufers nach § 46 KO 2).

3. Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Aussonderung

a) Die Aussonderungsfähigkeit des von der Verarbeitungsklausel ergriffenen Gegenstands

Zweck der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts in dieser Form ist die Schaffung einer Sicherung für den Vorbehaltsverkäufer an dem vom Vorbehaltskäufer neu hergestellten Gegenstand, die derjenigen an dem gelieferten Material vor der Verarbeitung entspricht. Das Arbeitsprodukt des Vorbehaltskäu-

---

Fortsetzung der Fußn. 4) von S. 6:

Sache aus der Konkursmasse veräußert worden ist, setzt voraus, daß der Konkursverwalter den" (Herausgabe-) "Anspruch nicht gekannt oder ihn absichtlich verletzt hat. Wie dem auch sei, das Verhalten des Verwalters darf den Berechtigten nicht beeinträchtigen." Der Anspruch nach § 46 KO folgt ja nicht aus einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung der Masse. Daher geht auch der von Klusak (aaO) gegebene Hinweis auf Mentzel-Kuhn (Anm. 13 zu § 59 KO) fehl; die dortigen Ausführungen beziehen sich auf eine Verpflichtung der Masse nach § 59 Nr. 1 KO.

5) Möglicherweise liegt in der Veräußerung gleichzeitig eine Erfüllungswahl des Konkursverwalters. Ob dies allerdings generell angenommen werden kann, wovon der BGH (NJW 1953, 213 f mit insoweit zust. Anm. v. Raiser) und wohl auch Serik (§ 13 II 4 a.E.) ausgehen, ist zweifelhaft; dazu eingehend Offtermatt S. 46 ff.

1) Allgemein ist dies bisher lediglich für Ansprüche aus § 59 Nr. 1 KO und § 46 KO anerkannt; Serik I § 14 II 4; Mentzel-Kuhn Anm. 10 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Rdn. 22 zu § 46 KO.
Die gegenteilige Ansicht Hochmuths (S. 27 Fn. 5), der der Meinung ist, der nach § 59 Nr. 2 KO dem Berechtigten zustehende Schutz schließe die Anwendbarkeit des § 46 KO aus, vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht einzusehen, warum der Berechtigte etwa das Risiko dafür tragen soll, daß die Konkursmasse zur Begleichung der Masseschulden nicht ausreicht.

2) Vgl. dazu unten S. 77 f.

fers tritt anstelle des gelieferten Materials in das bestehende Eigentumsvorbehaltsverhältnis ein; der Vorbehaltsverkäufer erwirbt an der verarbeiteten Ware Vorbehaltseigentum. Mit Bezahlung des Kaufpreises, den der Vorbehaltskäufer dem Vorbehaltsverkäufer aus dem Materiallieferungsvertrag schuldet, geht das Eigentum an dem hergestellten Gegenstand auf den Vorbehaltskäufer über [1]. Einer ausdrücklich dahingehenden Vereinbarung bedarf es nicht, da sich ein entsprechender Parteiwille aus dem Sinn des verlängerten Eigentumsvorbehalts in dieser Form ergibt.

Entsprechendes gilt für die Fälle, in denen der Vorbehaltskäufer die vom Vorbehaltsverkäufer gelieferte Ware mit anderen, ebenfalls unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren zusammen zu einer neuen einheitlichen Sache verarbeitet. Durch eine beiderseitige Ausschaltung der Regel des § 950 BGB ergibt sich sodann, daß die bisherigen Stoffeigentümer unter den Voraussetzungen des § 947 BGB Vorbehalts-Miteigentümer an dem Arbeitsprodukt werden. Dies - je nach Vereinbarung - jeder im Verhältnis des Werts der gelieferten Ware zum Wert des Fertigfabrikats oder zu dem Anteil, der sich aus dem Verhältnis des Werts des von ihm gelieferten Rohstoffs und dem Verarbeitungswert zu dem Wert des Fertigfabrikats ergibt [2]. Hier erwirbt der Vorbehaltskäufer den Miteigentumsanteil des jeweiligen Lieferanten an der hergestellten Sache mit Erfüllung der diesem gegenüber bestehenden Zahlungsverpflichtung.

Billigt man dem Vorbehaltsverkäufer hinsichtlich des unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Materials mit der hM ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Käufers zu, so muß dies auch für das mit Hilfe der Verarbeitungsklausel erworbene Vorbehaltseigentum an der hergestellten Sache gelten. Das von der Gegenmeinung [3] angeführte Argument, der Eigentumsvorbehalt an dieser diene "nur Sicherungszwecken" und sei daher im Konkurs des Vorbehaltskäufers wie Sicherungseigentum zu behandeln, erscheint nicht stichhaltig. Auch der einfache Eigentumsvorbehalt dient dem Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers. Im Gegensatz zu der Lage bei einer Sicherungsübereignung des Arbeitsprodukts mittels vorweggenommenen Besitzkonstituts, steht bei einer "Verlängerung" des Eigentumsvorbehalts mit Hilfe der Verarbeitungsklausel das Eigentum an der neuen Sache keine "logische Sekunde" dem Vorbehaltskäufer zu. Hat dieser aber das Eigentum nie erlangt, so kann ebensowenig wie beim einfachen Eigen-

---

1) Flume NJW 1950, 841 ff (843).

2) BGH NJW 1967, 34; vgl. auch Flume NJW 1950, 841 ff (843)

3) Flume aaO; Böhle-Stamschräder Anm. 3 zu § 43 KO; Jaeger-Lent Anm. 37 i zu § 43 KO; die dem Vorbehaltsverkäufer nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geben.

tumsvorbehalt davon gesprochen werden, daß das Eigentum wie bei einer Sicherungsübereignung nur formeller Natur sei und wirtschaftlich zum Vermögen des Vorbehaltskäufers gehöre [1]. Hält man mit der hM zu Recht den Ausschluß der gesetzlichen Regel des § 950 BGB durch Vereinbarung einer Verarbeitungsklausel für wirksam, so ist es inkonsequent, das auf diesem Wege anerkanntermaßen entstehende Vorbehaltseigentum an der neuen Sache im Konkurs anders zu behandeln als normales Vorbehaltseigentum. Ansonsten hätte es nahe gelegen, die Abdingbarkeit des § 950 BGB zu verneinen und den Vorbehaltsverkäufer auf den Weg der Sicherungsübereignung mittels vorweggenommenen Besitzkonstituts zu verweisen [2], oder aber einem Vorbehaltseigentümer im Konkurs des Käufers generell nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zu geben [3].

Ist somit nach richtiger Ansicht der Vorbehaltsverkäufer aufgrund eines mit Hilfe der Verarbeitungsklausel erworbenen Vorbehaltseigentums am Herstellungsprodukt im Konkurs des Käufers zur Aussonderung berechtigt, so findet auch § 46 KO Anwendung, wenn der Gegenstand unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter veräußert worden ist.

b) Das Arbeitsprodukt des Vorbehaltskäufers als Gegenstand der Sicherungsübereignung

Weit weniger häufig verschafft sich in der Praxis der Vorbehaltsverkäufer eine Sicherung für den infolge der Verarbeitung an dem von ihm gelieferten Material erlöschenden Eigentumsvorbehalt dadurch, daß er sich das Eigentum an dem Arbeitsprodukt im voraus übertragen läßt [4]. Das so entstandene Sicherungseigentum gewährt dem Berechtigten im Konkurs des Sicherungsgebers nach

---

1) Im Ergebnis wie hier Lent-Jauernig § 45 1a a.E.

2) So Palandt-Degenhart Anm. 3a bb zu § 950 BGB m. w. Nachw.

3) So Raiser (Dingl. Anwartschaften) S. 96, 103.

4) Schlotterbeck (S. 62) weist mit Recht darauf hin, daß dieser Weg der "Verlängerung" des Eigentumsvorbehalts als taugliches Sicherungsmittel sehr zweifelhaft ist, da die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung durch zwei Voraussetzungen gekennzeichnet wird, die allein vom Willen des Vorbehaltskäufers abhängen: Einmal ist erforderlich, daß dieser zum Zeitpunkt der Fertigstellung der neuen Sache noch den Willen hat, das Eigentum an ihr auf den Vorbehaltsverkäufer zu übertragen; zum Zweiten, daß er eine sog. "Ausführungshandlung" vornimmt, in der sich sein Besitzmittlungswille manifestiert. Vgl. dazu auch Palandt-Degenhart Anm. 3 zu § 930 BGB.

allg. Meinung [1] nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung an dem betreffenden Gegenstand. In der Folge erhebt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 46 KO, wenn unter seinen Voraussetzungen durch Veräußerung eines Gegenstands ein an diesem bestehendes Absonderungsrecht vereitelt worden ist.

c) Die Anwendbarkeit des § 46 KO auf Gegenstände der Absonderung (§§ 47 ff KO)

Früher wurde eine Anwendbarkeit des § 46 KO auf Absonderungsgegenstände mit der Begründung verneint, einer Erstreckung dieser Vorschrift auf rechtsähnliche Fälle sei im Hinblick auf ihren Wortlaut und ihren Ausnahmecharakter nicht möglich [2]. In der neueren Lit. ist man sich im Ergebnis jedoch darüber einig, daß die Rechtslogik und der dieser Rechtsnorm zugrundeliegende Billigkeitsgedanke ihre Anwendung gebieten [3]. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
Bestreitet der Konkursverwalter das Bestehen eines Pfandrechts an einem der Gemeinschuldner gehörenden Gegenstand, so hat der Pfandgläubiger sein Recht mittels einer Aussonderungsklage geltend zu machen [4]. Dies folgt aus dem Zweck der Aussonderung, den effektiv für die Verteilung unter die Konkursgläubiger zur Verfügung stehenden Bestand der Konkursmasse festzustellen. Ihren Gegenstand bildet alles, was dem Gemeinschuldner "nicht gehört" und aus diesem Grund den Massebestand verkleinert. Letzteres ist auch dann der Fall, wenn an einem dem Gemeinschuldner gehörenden Gegenstand ein beschränkt dingliches Recht eines Dritten besteht, das die uneingeschränkte Inanspruchnahme des Gegenstands für die Konkursmasse hindert. Das Pfandrecht ist daher als solches der Aussonderung fähig; lediglich für die Geltendmachung des aus dem Pfandrecht fließenden Verwertungsrechts ist der Berechtigte durch die §§ 47 ff KO auf den Weg der abgesonderten Befriedigung verwiesen. [5]

In der Folge muß aber dann, wenn durch die Veräußerung des Pfandgegenstands das sich aus dem - aussonderungsfähigen - Pfandrecht ergebende Recht des Pfand-

---

1) Vgl. etwa Schönke-Baur § 60 III 3b bb; Jaeger-Lent Anm. 13 zu § 48 KO.
2) RG 28, 149 und neuestens anscheinend wieder OLG Frankfurt KTS 1969, 57 ff (58), allerdings ohne Begründung.
3) Mentzel-Kuhn Anm. 4 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 5 zu § 46 KO; Hochmuth S. 90 f; Baur, Fälle, S. 71 f.
4) Vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 5 zu § 43 KO.
5) Aus- und Absonderungsklage können natürlich miteinander verbunden werden.

gläubigers auf Absonderung vereitelt worden ist, § 46 direkt anwendbar sein. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen hier vor; es handelt sich insoweit, entgegen der Ansicht des RG [1] nicht um eine Analogie. Ferner ist kein Grund ersichtlich, warum von Eigentum und Pfandrecht unter Berücksichtigung ihrer Gleichstellung in § 43 KO nur letzterem der Schutz des an diese Vorschrift anknüpfenden § 46 KO versagt sein soll. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, daß eine Verletzung beider Rechte durch eine Veräußerung des Gegenstands, an dem sie bestehen, gleichermaßen (§ 1227 BGB) Ersatzansprüche etwa nach den §§ 823 I, 816 BGB auslöst [2]. Der Berechtigte muß demnach in beiden Fällen auch den besonderen Schutz des § 46 KO im Fall des Konkurses in Anspruch nehmen können, weil diese Vorschrift solche nach dem BGB infolge der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands entstandene Ansprüche lediglich verstärkt [3].

Da der Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers die Stellung eines Pfandgläubigers hat, gelten diese Ausführungen sinngemäß auch für den Fall, daß Sicherungsgut veräußert wird. Der Vorbehaltsverkäufer, der sich die vom Vorbehaltskäufer hergestellte Sache im Wege des vorweggenommenen Besitzkonstituts hat übereignen lassen, ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 46 KO anspruchsberechtigt [4].

II. DER ZEITPUNKT, IN DEM DIE AUSSONDERUNGSFÄHIGKEIT DES VERÄUSSERTEN GEGENSTANDS BESTANDEN HABEN MUSS

§ 46 KO soll nach dem Willen des Gesetzgebers "auf alle Fälle Anwendung finden, in denen, wenn die fremde Sache nicht veräußert worden wäre, ihre Herausgabe oder Abtretung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können" [5]. Die Vorschrift gibt dem Berechtigten einen Anspruch auf die Gegenleistung, weil die Veräußerung des Gegenstands durch den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung [6] die Entstehung eines Aussonderungsrechts verhindert hat,

---

1) aaO.
2) Jaeger-Lent aaO.
3) Näheres zu dieser "anspruchsverstärkenden Funktion" des § 46 KO siehe unten S. 14
4) Zum Inhalt des Anspruchs in diesen Fällen vgl. unten S. 67 ff.
5) Hahn, Motive, S. 184
6) Vgl. § 108 KO. Das Konkursverfahren ist in dem Zeitpunkt eröffnet, in dem der Richter den Eröffnungsbeschluß unterzeichnet hat; BGH KTS 1968, 241 f

bzw., weil infolge der Veräußerung des Gegenstands durch den Konkursverwalter nach Konkurseröffnung das bis zu diesem Zeitpunkt bestehende Aussonderungsrecht entfallen ist. Im letzten Fall kann somit nicht zweifelhaft sein, daß die Aussonderungsfähigkeit der veräußerten Sache jedenfalls im Zeitpunkt der Verfügung bestanden haben muß, um für den Berechtigten die Rechtsfolge des § 46 KO auszulösen. Insoweit ist die Meinung des OLG Braunschweig [1], die Aussonderungsfähigkeit müsse zur Zeit der Konkurseröffnung vorgelegen haben, sicher unrichtig. Es sind nämlich ohne weiteres Fälle denkbar, in denen der Konkursverwalter einen zur Zeit der Konkurseröffnung aussonderungsfähigen Gegenstand vor der Veräußerung für die Konkursmasse erworben hat. So geschieht es in der Praxis gerade beim Vorliegen eines Eigentumsvorbehalts häufig, daß der Konkursverwalter den Restkaufpreis an den Vorbehaltsverkäufer zahlt, um die Kaufsache für die Masse verwerten zu können. Damit entfällt aber eine Bedingung für das Entstehen eines Ersatzaussonderungsanspruchs, da dann der veräußerte Gegenstand vom Berechtigten ohne die Veräußerung eben nicht "hätte ausgesondert werden können". Die Verfügung des Konkursverwalters ist in diesen Fällen nicht ursächlich für den Wegfall der Aussonderungsmöglichkeit [2].

Gleichfalls ist für den Fall der Veräußerung durch den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung sicher erforderlich, daß der Gegenstand im Zeitpunkt der Verfügung dem Gemeinschuldner "nicht gehörte" und damit in einem für diesen Zeitpunkt fingierten Konkurs gem. § 43 KO aussonderungsfähig gewesen wäre. Dies deshalb, weil auch hier die Veräußerung ursächlich sein muß für die Zerstörung des zwischen dem Aussonderungsberechtigten und dem Gemeinschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses, vermöge dessen mit Konkurseröffnung ein Aussonderungsrecht entstanden wäre [3].

Muß somit die (gedachte) Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstands sicher im Zeitpunkt der Verfügung vorgelegen haben, so ist nunmehr zu untersuchen, ob für einen Anspruch nach § 46 KO darüberhinaus erforderlich ist, daß

---

1) Seuff. Arch. Bd. 49 Nr. 226 (1892) für den gleichlautenden § 38 der Reichskonkursordnung

2) Vgl. Hochmuth S. 7. Da das OLG Braunschweig indessen einen Fall zu entscheiden hatte, in dem der Gemeinschuldner den aussonderungsfähigen Gegenstand vor Konkurseröffnung veräußert hatte, ist nicht klar erkennbar, ob das Gericht bei seiner ohne Angabe von Gründen getroffenen Feststellung den Zeitpunkt der Konkurseröffnung allgemein, also auch im Fall der Veräußerung durch den Konkursverwalter, für maßgeblich hielt.

3) Vgl. Hochmuth S. 9

der Berechtigte den Gegenstand ohne die Veräußerung tatsächlich hätte aussondern können; mit anderen Worten, ob der Anspruch des § 46 KO vom hypothetischen Bestand der vereitelten Aussonderungsmöglichkeit abhängig ist. Dies wird von einem Teil der Lehre [1] bejaht. Konsequenterweise fordern die Vertreter dieser Meinung, daß der veräußerte Gegenstand auch noch im Zeitpunkt der Geltendmachung des Ersatzaussonderungsanspruchs hätte ausgesondert werden können. Sie sind der Ansicht, § 46 KO gewähre dem Berechtigten ein "Surrogatrecht", das an die Stelle des Aussonderungsanspruchs nach § 43 KO trete [2]. Ersatzrechte seien aber stets vom hypothetischen Bestand desjenigen Rechts abhängig, das sie ersetzten. Der Tatbestand des § 46 KO sei daher nicht erfüllt, wenn der hypothetische Aussonderungsanspruch wegen Fortfalls des ihn begründenden persönlichen oder dinglichen Rechts nach der Veräußerung nicht mehr bestanden haben würde. So etwa in dem Fall, in dem der Gemeinschuldner den veräußerten Gegenstand ohne die Veräußerung ersessen haben würde [3], oder dann, wenn der der Aussonderung zugrundeliegende Anspruch im Zeitpunkt der Geltendmachung des Ersatzaussonderungsanspruchs verjährt gewesen wäre.

Ob die Voraussetzungen für diese Auffassung zutreffend sind, wird noch zu untersuchen sein. Sicher kann aber schon jetzt gesagt werden, daß auch dann, wenn dies zu bejahen wäre, entgegen der Meinung des OLG Braunschweig [4], die Konkurseröffnung als maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der hypothetischen Aussonderungsfähigkeit eines vom Gemeinschuldner zuvor veräußerten Gegenstands nicht richtig sein kann. Es ist nicht einzusehen, warum nur der Wegfall des hypothetisch bestehenden Aussonderungsrechts vor Konkurseröffnung den Anspruch nach § 46 KO zu Fall bringen soll [5]. Ist der Ersatzaussonderungsanspruch überhaupt vom hypothetischen Bestand des vereitelten Aussonderungsrechts abhängig, so kann keine Rolle spielen, ob dieses vor oder nach Konkurseröffnung weggefallen ist. In beiden Fällen müßte dem ursprünglich Aussonderungsberechtigten der Schutz des § 46 KO versagt werden.

Die Annahme, § 46 KO schaffe dem Berechtigten ein "Surrogatrecht", ist indessen nicht haltbar. So führen schon die Motive [6] aus: könne ein nicht zur Konkursmasse gehöriger Gegenstand infolge der Veräußerung nicht mehr herausge-

---

1) Insbes. Hellwig AcP 25, 217 ff (227); vgl. ferner Oetker ZZP 25, 71 ff (76).
2) Oetker aaO. S. 75 f.; Hellwig aaO. S. 230.
3) Hellwig aaO. S. 227.
4) aaO.
5) Hellwig aaO. S. 227.
6) Hahn, Motive, S. 182

geben werden, so sei der "nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eintretenden Entschädigungspflicht" in anderer Weise (nämlich mit Hilfe des § 46 KO) aus der Konkursmasse zu genügen. Daraus ist zu entnehmen, daß die Vorschrift keine Surrogatrechte für das vereitelte Aussonderungsrecht neu schafft. Vielmehr sollen solche Ansprüche, die dem Berechtigten "nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen" d. h. außerhalb der Konkursordnung nach bürgerlichem Recht aus der Veräußerung des Gegenstands erwachsen sind, für den Konkurs mit einer besonderen Rechtsfolge ausgestattet und über den Rang gewöhnlicher Konkursforderungen hinausgehoben werden. § 46 KO hat daher nur eine sog. "anspruchsverstärkende Funktion" [1]. Daraus folgt, daß Ansprüche gem. § 46 KO nicht vom hypothetischen Bestand des dem vereitelten Aussonderungsrecht zugrundeliegenden dingl. oder obligatorischen Anspruchs abhängen. Sie sind indessen begrenzt durch den Bestand bzw. die Durchsetzbarkeit derjenigen Ansprüche, die das bürgerliche Recht im Einzelfall dem Berechtigten wegen der Verfügung über den Aussonderungsgegenstand gewährt.

Aus allem ergibt sich: es ist erforderlich, aber auch genügend, daß die (gedachte) Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstands im Zeitpunkt der Verfügung vorgelegen hat [2]. Zur Unterstützung der Richtigkeit dieser Ansicht kann zudem der Wortlaut des § 46 KO herangezogen werden, wonach verlangt wird, daß die Aussonderung des veräußerten Gegenstands aus der Konkursmasse "hätte beansprucht werden können" -nicht: "beansprucht werden könnte" [3]. Überdies vermeidet die hM im Ergebnis auch die erheblichen praktischen Nachteile der Gegenmeinung. So bleibt dem Richter eine durch Einwendungen bzw. Einreden des Konkursverwalters erzwungene Prüfung des hypothetischen Bestands des dem vereitelten Aussonderungsrecht zugrundeliegenden Anspruchs erspart; eine Prüfung, die, weil sie letztlich auf Vermutungen angewiesen ist, im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten müßte.

---

1) RG 115, 262 ff (264); Mentzel-Kuhn Anm. 4 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 1 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 3 zu § 46 KO; Klusak KTS 1965, 213, Hochmuth S. 25 f.

2) Jaeger-Lent Anm. 6 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 3 zu § 46 KO; Fichtner Anm. 2a zu § 46 KO; Fitting S. 271; Hochmuth S. 9; Serik I § 13 II 4.

3) Jaeger-Lent aaO.

III. DIE VERÄUSSERUNG

1. Der Begriff der Veräußerung in § 46 KO

"Veräußerung" i.S. des § 46 KO ist jede Verfügung aufgrund eines Rechtsgeschäfts, das auf die Herbeiführung des Verlustes eines dinglichen Rechts gegen Entgelt gerichtet ist [1]. Dieser weite Veräußerungsbegriff ist durch die Motive vorgegeben. Dort [2] wird ausgeführt, die Vorschrift solle dann Anwendung finden, wenn die fremde Sache "durch Veräußerung oder durch andere Verwertung" in die Hand eines Dritten übergegangen sei. Entscheidend ist, daß nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts ein dinglicher Rechtsverlust an dem aussonderungsfähigen Gegenstand zum Nachteil des Berechtigten eintreten soll. Der Gegenwert, der für den Rechtsverlust vereinbart worden ist, steht in der Folge durch § 46 KO dem Zugriff des Berechtigten offen, wenn die Veräußerung bzw. ihr Vollzug dessen Aussonderungsrecht beeinträchtigt hat.

2. Folgerungen

Der dargestellte Begriff der Veräußerung umfaßt nicht nur entgeltliche Vollrechtsübertragungen (Kauf, Tausch), sondern auch entgeltliche Belastungen (Pfandrecht). Hierbei ist es nach dem Schutzzweck der Norm gleichgültig, ob die Veräußerung freihändig oder durch öffentliche Versteigerung vorgenommen, oder ob der Gegenstand auf Grund eines vollstreckbaren Titels verwertet worden ist [3]. Das Erfordernis einer Verletzung des Aussonderungsrechts ergibt, daß schuldrechtliche "Verfügungen" über den Gegenstand der Aussonderung, wie etwa Vermietung oder Verpachtung, einen Anspruch nach § 46 KO nicht begründen. Hat z.B. der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens Vorbehaltsgut an einen Dritten vermietet, so bleibt dieses gleichwohl im Haftungsverband der Konkursmasse (Ist-Masse). Der Vorbehaltsverkäufer kann daher gegenüber dem Konkursverwalter, der die vermietete Sache für die Masse verwerten will, nach wie vor ein Aussonderungsrecht geltend machen [4].

---

1) Hellwig AcP 68, 223.

2) Hahn, Motive, S. 182.

3) Allg. Meinung im Anschluß an RG 94, 25; vgl. z.B. Jaeger-Lent Anm. 8 zu § 46 KO.

4) Für den Berechtigten entstehen hier evtl. Ersatzansprüche nach den §§ 987 ff BGB. Diese können als Konkursforderung geltend gemacht werden, wenn der Mietzins vor Konkurseröffnung eingezogen worden ist. Hinsichtlich des vom Konkursverwalter eingezogenen Mietzinses bestehen Masseansprüche nach § 59 Nr. 1 bzw. 3 KO; vgl. Mentzel-Kuhn Anm. 6 zu § 46 KO

Ferner ist grundsätzlich notwendig, daß der Aussonderungsgegenstand aus der Konkursmasse ausgeschieden, d.h. dem Dritten zum Zwecke der Veräußerung tatsächlich überlassen worden ist. [1] Eine etwa aufgrund eines Kaufvertrags bestehende schuldrechtliche Verpflichtung zur Übereignung des noch in der Konkursmasse befindlichen Vorbehaltsguts, selbst wenn sie Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO sein sollte, kann nämlich dessen Aussonderung durch den Vorbehaltsverkäufer nicht verhindern.

Übereignet der Gemeinschuldner das Vorbehaltsgut nach § 930 BGB einem Dritten, so erwirbt dieser trotz etwaiger Gutgläubigkeit kein Eigentum, solange die Sache im Besitz des Gemeinschuldners bzw. des Konkursverwalters und damit in der Konkursmasse bleibt. Da das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers aus diesem Grunde nicht vereitelt ist, kann § 46 KO auch in diesem Fall keine Anwendung finden. Anders dann, wenn der Dritte (bei einer Sicherungsübereignung zum Zwecke der Verwertung) den unmittelbaren Besitz übertragen erhält [2].

Wird die bei einem Dritten eingelagerte Vorbehaltssache gem. § 931 BGB veräußert, so tritt der Verlust der Aussonderungsmöglichkeit mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs ein. [3] § 46 KO ist daher anwendbar.

3. Insbesondere: der Einbau von Vorbehaltsgut auf rechtsgeschäftlicher Grundlage

Die Rechtsfolgen des § 46 KO treten dann nicht ein, wenn das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers deshalb untergegangen ist, weil ein Dritter an der Vorbehaltssache infolge eines rein tatsächlichen Vorgangs (Verbindung, Vermischung, Vermengung, §§ 93, 946 ff BGB) ein dingliches Recht erworben hat [4]. Mangels einer rechtsgeschäftlichen Beziehung fehlt es an einer "Gegenleistung", auf die der Vorbehaltsverkäufer zugreifen könnte.

Anders ist es aber dann, wenn der dinglichen Rechtsänderung ein Rechtsgeschäft zugrundeliegt, das auf denselben Erfolg gerichtet ist, den die zwingenden Vorschriften der §§ 93, 946 ff BGB unabhängig vom Willen der Vertragsparteien herbeigeführt haben. So in dem vom BGH [5] entschiedenen Fall, in dem der spätere

---

1) Jaeger-Lent Anm. 8 zu § 46 KO: "Die Veräußerung muß vollzogen sein."
2) Vgl. RG 141, 89
3) Palandt-Degenhart Anm. 1 zu § 934; Wolff-Raiser § 180 II 1; insbes. Fn. 5; Baur SR § 52 II 4b, c.
4) BGH 30, 176 ff (180); Böhle-Stamschräder Anm. 3 zu § 46 KO
5) aaO.

Gemeinschuldner Material, das ihm vom Kläger unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden war, aufgrund eines Werkvertrags in das Haus eines Dritten eingebaut hatte [1]. Das Gericht hat sich hier für die Anwendbarkeit des § 46 KO ausgesprochen und dazu ausgeführt, diese könne nicht von dem mehr oder weniger zufälligen Umstand abhängen, ob vor dem Einbau eine rechtsgeschäftliche Übereignung des Materials nach den §§ 929 ff BGB stattgefunden, oder ob der Bauherr das Eigentum erst durch den Einbau als solchen erworben habe. In beiden Fällen sei der Eigentumserwerb des Bauherrn letztlich eine Folge des mit dem Einbauenden geschlossenen Vertrags. Da sich auch der Anspruch des Einbauenden auf die Gegenleistung für das verwendete Material aus diesem Vertrag ergebe, sei nach Sinn und Zweck des § 46 KO dessen Anwendung gerechtfertigt.
Die Entscheidung des BGH hat allgemein Anklang gefunden [2].

Die vom BGH und der hM in der Lit. im Hinblick auf das (richtige) Ergebnis offenbar für notwendig gehaltene Analogie zu § 46 KO für die Fälle, in denen eine Eigentumsübertragung nach den §§ 929 ff BGB auf den Dritten vor dem Einbau nicht stattgefunden hat [3], erweist sich indessen als überflüssig. Bei näherer Betrachtung zeigt sich nämlich, daß der sog. Einbau auf rechtsgeschäftlicher Grundlage regelmäßig vom Begriff der Veräußerung, wie er oben [4] dargelegt worden ist, mit umfaßt wird. Ist danach nur erforderlich, daß der Gegenstand dem Dritten mit dessen Einverständnis zu dem Zweck übergeben worden ist, ihm ein dingliches Recht daran zu verschaffen, so kann nicht entscheidend sein, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Dritte das Recht im Einzelfall tatsächlich erworben hat. Dies insbesondere auch deshalb, weil, wie noch zu zeigen sein wird [5], § 46 KO nicht voraussetzt, daß die beabsichtigte Rechtsände-

---

1) In tatsächlicher Hinsicht hatte das Berufungsgericht festgestellt, daß der Einbau vom Gemeinschuldner im Rahmen eines Werkvertrags vorgenommen worden war, wonach das eingebaute Material Eigentum des Bestellers werden sollte.

2) Rietschel Anm. zu BGH LM Nr. 5; Jaeger-Lent Anm. 10 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 6 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 3 zu § 46 KO; Serik I § 13 II 4; Pagenstecher-Grimm § 3 VI Fn. 12; Klusak KTS 1965, 212; LG Köln KTS 1963, 120; Baur, Fälle, S. 73 f.
A.A. nur Schreiter (BB 1958, 1227) gegen Fritze (BB 1956, 943 f), der jedoch aufgrund der vom BGH abgelehnten Differenzierung zu schwer verständlichen Ergebnissen im Einzelfall kommen muß.

3) Vgl. Baur aaO. S. 74; i.ü. wird in der Lit. die Entscheidung des BGH ohne Begründung übernommen.

4) S. 15 f.

5) Vgl. unten S. 19 ff.

rung eingetreten ist. Wie ein Kaufvertrag gem. § 433 I BGB, so ist hier der Werkvertrag gem. § 651 I BGB auf die Übertragung von Eigentum angelegt. Im Kaufvertragsrecht ist anerkannt, daß für den dinglichen, auf Eigentumsübertragung an dem Kaufgegenstand gerichteten Vertrag, schlüssige Handlungen der Vertragsparteien genügen. Regelmäßig wird die Einigkeit der Parteien über den Eigentumsübergang bei der Übergabehandlung daraus hergeleitet, daß eine Willensänderung nach Abschluß des Kaufvertrags nicht erkennbar ist. Der Eigentumserwerb des Käufers an der Kaufsache tritt dann ein, wenn die Übergabehandlung Ausdruck des Übereignungswillens, der Eigenbesitzerwerb Ausdruck des Eigentumserwerbswillens ist [1]. So kann das Eigentum an einem telefonisch bestellten Buch dadurch auf den Käufer übergehen, daß der Verkäufer dieses vereinbarungsgemäß in den Hausbriefkasten des Käufers wirft [2]. Es kann nun keinen Unterschied machen, ob die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung aufgrund eines Kauf- oder eines Werkvertrags geschuldet wird. Die der Verpflichtung entsprechende Übergabe zum Zwecke der Eigentumsübertragung ist in dem vom BGH entschiedenen Fall im Einbau des Materials durch den späteren Gemeinschuldner zu sehen. Der Einbau ist geradezu eine "verstärkte Form der Übergabe", da wegen § 951 I S. 2 BGB eine Rücknahme der eingefügten Sache für den Regelfall ausgeschlossen ist [3]. In ihm manifestiert sich der Wille des Einbauenden zur Übertragung des Eigentums. Auf der anderen Seite ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ein korrespondierender Eigentumserwerbswille des Bauherrn dergestalt anzunehmen, daß dieser bei Abschluß des Vertrags schlüssig erklärt hat, mit dem Einbau des Materials Eigentum an ihm erwerben zu wollen. Liegt damit eine einverständliche Übergabe der Vorbehaltssache an den Dritten zum Zwecke der Eigentumsübertragung vor, so ist der Tatbestand der "Veräußerung" i.S. des § 46 KO unabhängig von der Tatsache gegeben, daß das Eigentum an dem eingebauten Material nach den zwingenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 93, 946 BGB auf den Dritten übergegangen ist.

Geht somit in diesen Fällen normalerweise der Wille der Vertragsparteien dahin, daß das Eigentum an dem Material mit dem Einbau auf den Bauherrn übertragen werden soll, so liegt noch keine Veräußerung vor, wenn das Material auf dem Baugrundstück zum Einbau bereitgestellt ist. Der Lieferant ist daher nicht gehindert, das unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Einbaumaterial im Konkurs des Bauunternehmers nach § 43 KO auszusondern.

---

1) Wolff-Raiser § 66 I 4

2) Vgl. auch das bei Wolff-Raiser aaO. Fn. 26 gebildete Beispiel.

3) Berg AcP 160, 505 ff (521) für die vergleichbare Problematik im Rahmen des § 951 BGB.

4. Setzt § 46 KO die Wirksamkeit der Veräußerung voraus?

Da § 46 KO dem Berechtigten einen Anspruch auf "die Gegenleistung" gibt, kann nicht zweifelhaft sein, daß der vom Gemeinschuldner bzw. vom Konkursverwalter mit dem Dritten abgeschlossene schuldrechtliche Vertrag wirksam sein muß. Fraglich und umstritten ist indessen, ob zur Geltendmachung dieses Anspruchs auch die Wirksamkeit der aufgrund dieses Vertrags vorgenommenen Verfügung über den Aus- bzw. Absonderungsgegenstand dem Berechtigten gegenüber erforderlich ist.

a) Der Stand der Meinungen

In der Literatur wird diese Frage z.T. bejaht [1]. Soweit sich dort überhaupt eine Begründung findet, wird geltend gemacht, bei unwirksamen Verfügungen bestehe angesichts der Tatsache, daß der Berechtigte sein Eigentum nicht verloren habe und dieses gegenüber dem Dritten verfolgen könne, für einen Anspruch nach § 46 KO kein ausreichendes Interesse. Über den Bereich der Ansprüche nach § 59 Nr. 1 und Nr. 3 KO hinaus lasse sich ein Schutz des Betroffenen nach § 46 KO auch mit Rücksicht auf den Billigkeitszweck dieser Norm nicht rechtfertigen. Im "Interesse der durch den Vermögenszusammenbruch des Schuldners ohnehin schwer genug geschädigten Konkursgläubiger" [2] könne der Betroffene nicht die Wahl haben, ob er sich an den Dritten oder an die Konkursmasse halten wolle.

Demgegenüber hält die Rspr. und die hM in der Literatur [3] eine Wirksamkeit der Verfügung nicht für erforderlich. Es könne, so wird argumentiert, für die Stellung des Aussonderungsberechtigten keinen Unterschied machen, ob die Aussonderungsmöglichkeit durch eine wirksame oder eine unwirksame Verfügung vereitelt worden sei. Für § 46 KO komme es nicht darauf an, ob das dem Aussonderungsrecht zugrundeliegende dingliche Recht untergegangen sei, sondern vielmehr allein darauf, ob der Gegenstand zum Zwecke eines dinglichen Rechtserwerbs in die Hand eines Dritten übergegangen und dadurch aus der Konkursmasse ausgeschieden sei. Insbesondere sei eben nicht einzusehen, warum der

---

1) Lent-Jauernig § 45 I 2; Schönke-Baur § 60 IV 1; Baur SR § 59 V 1a bb; Jaeger 6/7. Aufl. Anm. 3 zu § 46 KO; eingehend Hochmuth S. 28 ff.

2) Hochmuth S. 31

3) RG 98, 143 ff (148 f.); RG 141, 89 ff (93 f.); Jaeger-Lent Anm. 3 u. 20 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 6 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 9 zu § 46 KO; Serik I § 13 II 4 (S. 349); Franke KTS 1957, 139 ff (142); Hellwig AcP 25, 217 ff (231 f.).

Berechtigte das Risiko eines Prozesses gegen den Dritten tragen solle [1].

b) Stellungnahme

Der hM ist beizutreten.
Sie kann sich zunächst auf die Motive stützen. Dort [2] ist ausgeführt: "Die Befugnisse, welche das Civilrecht dem Berechtigten gewährt, die Sache von dem Dritten zu fordern, sollen weder eingeschränkt noch erweitert werden. Der Anspruch des Berechtigten auf Befriedigung aus der Konkursmasse steht allein in Frage. Dieser Anspruch geht nicht dadurch verloren, daß der Berechtigte zugleich befugt ist, sein Recht auf anderem Wege, gegen den Dritten, zu verfolgen. Aber die wenigsten Civilrechte gestatten eine unbeschränkte Verfolgung desselben gegen den Dritten, namentlich gegen den redlichen Erwerber. Dadurch erlangt die Frage ihre wesentliche Bedeutung."

Und: [3] "Es würde zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen, wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Konkursgläubiger einzöge. Die Billigkeit verlangt, daß auch hier die Forderung auf den Erlös als dem Vindicationsberechtigten zustehend angesehen werde."
Die Entscheidung des Gesetzgebers leuchtet ein. Ausgangspunkt ist die Regelung des § 43 KO. Diese Vorschrift verleiht fremdem Eigentum im Konkurs einen besonderen Schutz. Der Eigentümer wird vor anderen Konkursgläubigern dadurch bevorzugt, daß er den ihm gehörigen Gegenstand insgesamt aus der Konkursmasse herausverlangen kann und sich nicht nur hinsichtlich dessen Wert mit der Konkursquote abfinden muß. Dieser besondere Schutz fremden Eigentums im Konkurs soll nun nicht dadurch verlorengehen, daß das Schutzobjekt veräußert wird. In diesem Fall soll vielmehr der Eigentümer anstelle der Sache selbst das der Konkursmasse zustehende bzw. zugeflossene rechtsgeschäftliche Surrogat verlangen können. Durch diese in § 46 KO statuierte Regelung werden die übrigen Konkursgläubiger nicht schlechter gestellt, als sie ohne die Veräußerung gestanden haben würden. Lediglich ihre Besserstellung wird auf diesem Weg z. G. des Eigentümers der veräußerten Sache verhindert. Insofern ist nicht einzusehen, warum es einen Unterschied machen sollte, ob die Veräußerung wirksam oder unwirksam war. Die von Baur [4] gezogene Parallele zu der Vorschrift des

---

1) Vgl. etwa Jaeger-Lent aaO.
2) Hahn, Motive, S. 182 f.
3) Hahn, Motive, S. 183
4) Fälle, S. 71

§ 816 BGB erscheint demgegenüber nicht zulässig. Sie läßt den mit § 46 KO gerade vom Gesetz beabsichtigten besonderen Schutz des Eigentums im Konkursfall außer Acht. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Rechtsnormen besteht darin, daß § 46 KO nicht, wie das bei § 816 BGB der Fall ist, einen Anspruch zugunsten des Eigentümers neu schafft; die Vorschrift gibt der zugunsten des Eigentümers ohnehin aufgrund bürgerlich-rechtlicher Vorschriften infolge der (unwirksamen) Veräußerung bestehenden Haftung der Konkursmasse lediglich eine andere rechtliche Gestalt [1]. Es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, warum § 46 KO seine Funktion bei unwirksamen Verfügungen nicht soll entfalten dürfen. Mit Recht wird von der hM im Einklang mit den Motiven auch darauf hingewiesen, daß es unbillig wäre, den Erlös für den dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand in der Konkursmasse zu belassen und den Berechtigten auf einen u.U. zweifelhaften Prozeß gegen den Dritten zu verweisen. Ferner müßte der Berechtigte ungerechtfertigterweise auch dafür das Risiko tragen, daß der Dritte, der die Gegenleistung zur Konkursmasse bereits erbracht hat, nicht mehr ermittelt werden kann, [2] oder daß die Sache bei dem (gutgläubigen) Dritten ohne dessen Verschulden untergegangen ist.

Im übrigen stellt § 46 KO nicht den einzelnen Fall dar, in dem das Gesetz eine unwirksame Verfügung als Anspruchsvoraussetzung genügen läßt. So ist auch für § 2019 BGB anerkannt, daß der Erbe das Surrogat aus der Veräußerung eines zur Erbschaft gehörigen Gegenstands durch den Erbschaftsbesitzer auch bei Unwirksamkeit der Verfügung verlangen kann [3].

Richtiger Ansicht nach hat der Berechtigte bei unwirksamen Verfügungen des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters über den Aussonderungsgegenstand die Wahl, ob er sich an die Konkursmasse oder an den Dritten halten will. Für das Verhältnis dieser Ansprüche gilt folgendes: erlangt der Ersatzaussonderungsberechtigte von dem Dritten die Herausgabe des Gegenstands oder Wertersatz (etwa nach den §§ 990, 989 BGB), so entfällt ein Anspruch nach § 46 KO, da er nicht doppelte Befriedigung verlangen kann [4]. Macht er dagegen den Ersatzaussonderungsanspruch gegen die Konkursmasse geltend, so ist er verpflichtet, Zug um Zug gegen Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung bzw. deren Herausgabe die unwirksame Verfügung zu genehmigen [5].

---

1) Vgl. oben S. 14, auch Hochmuth S. 22 f.

2) eine Konsequenz die Hochmuth aaO. ausdrücklich in Kauf nehmen will.

3) Staudinger-Lehmann Rdn. 11 zu § 2019 BGB; Kipp-Coing § 107 II 1.

4) Serik I § 13 II 4 (S. 349 f); Jaeger-Lent Anm. 3 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 9 zu § 46 KO.

5) So auch die hM für den Fall der unwirksamen Verfügung bei § 2019 BGB; vgl. Staudinger-Lehmann aaO.
Vgl. auch Hellwig S. 231 f.

c) Steht der nachträglichen Genehmigung einer unwirksamen Verfügung über den Aussonderungsgegenstand § 15 KO entgegen?

Die lediglich anspruchsverstärkende Funktion des § 46 KO [1] hat zur Folge, daß ein Ersatzaussonderungsanspruch nicht besteht, wenn dem Berechtigten aus der Verfügung des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters über den Aussonderungsgegenstand kein Anspruch nach bürgerlichem Recht erwachsen ist. Hat z.B. der Konkursverwalter den an einer in der Konkursmasse befindlichen Sache bestehenden Eigentumsvorbehalt nicht gekannt, so löst deren Veräußerung für den Vorbehaltsverkäufer einen Anspruch nur aus, wenn die Verfügung ihm gegenüber wirksam war (§ 816 I BGB) [2]. In solchen Fällen erhebt sich die Frage, ob der Berechtigte zu einem Anspruch nach § 46 KO dadurch kommen kann, daß er die unwirksame Verfügung über den Aussonderungsgegenstand genehmigt (§§ 185 II, 184 BGB) und damit wirksam macht.

Keine Bedenken bestehen zunächst hinsichtlich der Wirksamkeit einer Genehmigung durch den Berechtigten vor Konkurseröffnung, betreffend eine Verfügung des späteren Gemeinschuldners. In der Folge besteht im nachfolgenden Konkurs unter den weiteren Voraussetzungen des § 46 KO auch ein Ersatzaussonderungsanspruch. Demgegenüber ist mit Rücksicht auf die Sperrwirkung des § 15 KO fraglich, ob die nach Konkurseröffnung erfolgte Genehmigung eine Verfügung des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters wirksam werden, d.h. den Rechtserwerb des Dritten auch mit Wirkung für den Konkurs eintreten lassen kann. Ferner ist zweifelhaft, ob der Erwerb der Rechte aus § 46 KO selbst nicht dem Grundgedanken des § 15 KO zuwiderläuft.

Die erste Frage ist zu bejahen. Soweit die Genehmigung eine Verfügung des Gemeinschuldners vor Konkurseröffnung betrifft, entfaltet § 15 KO deshalb keine Wirkung, weil die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Verfügung zurückwirkt (§ 184 I BGB). Die Lage ist daher so anzusehen, als sei der Rechtserwerb des Dritten bereits vor Konkurseröffnung eingetreten [3].
§ 15 KO hindert den Rechtserwerb des Dritten gegenüber den Konkursgläubigern aber auch dann nicht, wenn sich die Genehmigung des Berechtigten auf eine

---

1) Vgl. oben S. 13

2) Die §§ 989 ff BGB versagen, da der Konkursverwalter rechtmäßiger Besitzer der Vorbehaltssache ist; für § 678 BGB fehlt es an einem Fremdgeschäftsführungswillen des Konkursverwalters, für § 687 II BGB am Wissen um seine Nichtberechtigung, für § 823 I BGB bzw. einem Anspruch aus pos. Vertragsverletzung am Verschulden.

3) Allg. Meinung; vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 4 zu § 15 KO.

Verfügung des Konkursverwalters nach Konkurseröffnung bezieht [1]. Die Vorschrift betrifft nur Rechte an solchen Gegenständen, die zur Konkursmasse i. S. des § 1 KO (Sollmasse) gehören. Gegenstände, die der Aussonderung unterliegen, zählen dazu nicht. Gegenstände, an denen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung besteht, gehören zwar zur Konkursmasse (Wortlaut des § 48 KO!); indessen betrifft die Genehmigung hier ein Recht, das als solches aussonderungsfähig ist und daher ebenfalls nicht in die Sollmasse fällt. Da der Rechtserwerb des Dritten an dem Absonderungsgegenstand aus diesem Grund die Konkursmasse nicht belastet, steht ihm § 15 KO nicht entgegen.
Es ergibt sich somit, daß der Berechtigte durch nachträgliche Genehmigung einer unwirksamen Verfügung des Gemeinschuldners oder des Konkursverwalters über einen Aus- bzw. Absonderungsgegenstand zu einem Anspruch nach § 816 I BGB als Grundlage für einen Anspruch nach § 46 KO kommen kann.

Die weitere Frage, ob der Erwerb der Rechte aus § 46 KO selbst durch den Berechtigten mit Hilfe einer nach Konkurseröffnung erfolgten Genehmigung nicht gegen den Grundgedanken des § 15 KO verstößt, ist - gegen Hochmuth [2] - zu verneinen. Hochmuth begründet seine Ansicht wie folgt:
Die Rechte aus § 46 KO seien ihrer konkursrechtlichen Natur nach zu den Aussonderungsrechten zu zählen. Zwar seien sie regelwidrig nicht auf die Herausgabe massefremder, sondern auf Übertragung massezugehöriger Gegenstände in das Vermögen des Berechtigten gerichtet, so daß sie dingliche Rechte "an" Gegenständen i. S. des § 15 KO im engeren Sinn nicht verschafften. Gleichwohl seien sie als Aussonderungsrechte hinsichtlich des Anspruchs auf die Gegenleistung bzw. des in der Masse noch unterscheidbar vorhandenen Erlöses zu begreifen. Der Erwerbstatbestand solcher Rechte müsse aber, wie sich aus dem der Vorschrift des § 15 KO zugrundeliegenden Rechtsgedanken ergebe, schon vor Konkurseröffnung vollendet sein.

Trotz der (richtigen) These von der Aussonderungsnatur der Ansprüche aus § 46 KO [3] kann die Ansicht Hochmuths vorab für den Fall nicht überzeugen, daß eine nach Konkurseröffnung erfolgte Genehmigung durch den Berechtigten bezüglich einer vom Gemeinschuldner getroffenen Verfügung über den Aussonde-

---

1) Die Vorschrift ist allerdings nicht schon deshalb unanwendbar, weil es sich um eine Verfügung des Konkursverwalters handelt. Dessen Verfügungen sind nur dann von § 15 KO ausgenommen, wenn der Rechtserwerb des Dritten unmittelbar durch sie begründet wird; vgl. Jaeger-Lent Anm. 6 zu § 15 KO.

2) S. 32

3) Vgl. dazu unten S. 68 f.

rungsgegenstand in Frage steht. Die von § 184 I BGB angeordnete Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Verfügung hat nämlich nach richtiger Ansicht auch eine "Rückziehung hinsichtlich der Herstellung des Tatbestands der in § 816 I BGB vorausgesetzten Lage" zur Folge, "weil die Verfügung des Nichtberechtigten infolge der Genehmigung nicht als wirksam werdend, sondern als von Anfang an wirksam zu behandeln ist." [1] Ist damit die Lage in dem angegebenen Fall so anzusehen, als habe der Berechtigte den Anspruch nach § 816 I BGB schon vor Konkurseröffnung erworben, so kann § 15 KO einem Ersatzaussonderungsanspruch nicht entgegenstehen.

Der Auffassung Hochmuths stehen auch grundsätzliche Bedenken entgegen. § 15 KO hat in Ergänzung der §§ 7, 14 KO den Zweck, für die Zeit nach Konkurseröffnung u.a. einen Erwerb von dinglichen Rechten an massezugehörigen Gegenständen mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern zu verhindern. Das diesen zur anteiligen, gleichen Befriedigung zustehende Vermögen des Gemeinschuldners soll durch eine Neubegründung von Aus- bzw. Absonderungsrechten nicht mehr geschmälert werden. Die Vorschrift steht indessen, wie dargelegt, einem Rechtserwerb des Berechtigten aus § 816 I BGB durch eine nach Konkurseröffnung erfolgte Genehmigung der Verfügung des Gemeinschuldners bzw. des Konkursverwalters, betreffend einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand oder ein nicht zur Konkursmasse gehöriges Recht, nicht entgegen. Liegen aber die Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 46 KO vor, so kann § 15 KO auch dessen Rechtsfolge nicht sperren. Die "Aussonderungsfähigkeit" der Gegenleistung ist hier - entgegen den in § 15 KO geregelten Fällen - nicht Folge eines rechtsgeschäftlichen, dinglichen Rechtserwerbs an ihr nach außerhalb der Konkursordnung geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts; sie ist vielmehr eine Folge der in § 46 KO von der Konkursordnung selbst statuierten Anspruchsverstärkung, die die Gegenleistung deshalb ergreifen soll, weil sie das rechtsgeschäftliche Surrogat für einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand bzw. ein nicht zur Konkursmasse gehöriges Recht bildet. Gerade letzteres würde bei einer schematischen Anwendung des Grundgedankens von § 15 KO völlig außer Acht gelassen. Der Erwerb eines Anspruchs nach § 46 KO durch den Berechtigten mit Hilfe einer nachträglichen Genehmigung der unwirksamen Verfügung trifft hier, anders als im Regelfall des § 15 KO, die übrigen Konkursgläubiger nicht unbillig, weil ihnen der Gegenstand bzw. das Recht, an dessen Stelle die Gegenleistung getreten ist, auch ohne die Verfügung nicht zu ihrer Befriedigung zur Verfügung gestanden hätte. [2]

---

1) Enneccerus-Lehmann § 225 I 3a (S. 901)

2) Für die Frage, ob in diesen Fällen bereits in der Erhebung der Klage aus § 46 KO eine Genehmigung der unwirksamen Verfügung durch den Berechtigten erblickt werden kann, gilt dasselbe wie zu § 816 BGB; vgl. dazu Soergel-Siebert-Mühl Rdn. 5 zu § 816 BGB m.w.Nachw.

d) Besonderheiten beim Eigentumsvorbehalt

Besonderheiten ergeben sich insoweit für den Eigentumsvorbehalt nur bei unwirksamen Verfügungen über das Volleigentum am Vorbehaltsgut durch den Gemeinschuldner bzw. den Konkursverwalter. Das Herausgabeverlangen des Vorbehaltsverkäufers gegenüber dem Dritten, der die Sache in Besitz hat, scheitert hier regelmäßig an § 986 I BGB, weil der Dritte trotz der Unwirksamkeit der Verfügung das dem Vorbehaltskäufer zustehende Anwartschaftsrecht erworben hat. [1] Letzteres ist allgemein anerkannt, da in der fehlgeschlagenen Vollrechtsübertragung wohl stets die weniger weit gehende Erklärung enthalten ist, daß das bestehende Anwartschaftsrecht übertragen wird, über das der Vorbehaltskäufer bzw. der Konkursverwalter ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers verfügen kann [2]. Dem Vorbehaltsverkäufer bleibt in diesen Fällen - abgesehen von etwaigen Schadensersatzansprüchen - letztlich nur der Weg über § 46 KO i.V. mit der Genehmigung der unwirksamen Verfügung.

Hat der Dritte aber auch das Anwartschaftsrecht an der Sache nicht erworben, so kann der Vorbehaltsverkäufer von ihm nur entspr. § 986 I S. 2 BGB ihre Herausgabe zur Konkursmasse verlangen. [3] Mit der auf diesem Wege wiedergewonnenen Aussonderungsmöglichkeit erlischt sodann der Anspruch nach § 46 KO.

5. Setzt eine Anwendung des § 46 KO die Rechtswidrigkeit der Veräußerung voraus?

Da der Vorbehaltskäufer vielfach unter bestimmten Bedingungen berechtigt ist, die Vorbehaltssache vor der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises weiterzuveräußern [4], ist diese Frage für die vorliegende Untersuchung von wesentlicher Bedeutung. Im Folgenden soll zunächst geprüft werden, ob das Gesetz selbst in § 46 KO die Rechtswidrigkeit der Veräußerung (als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal) verlangt, sonach, ob sich (auch) aus anderen Grundsätzen im Rahmen

---

1) Das Herausgabeverlangen hat nur dann Erfolg, wenn der Vorbehaltskaufvertrag infolge wirksamen Rücktritts durch den Vorbehaltsverkäufer bzw. Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter aufgelöst ist.

2) Vgl. etwa BGH 20, 88; 35, 85 ff (90); Serik I § 11 III 1 m.w. Nachw. Streit herrscht lediglich bezüglich der Frage, ob das Ergebnis im Wege der Vertragsauslegung (§ 157 BGB) oder im Wege der Konversion (§ 140 BGB) zu erreichen ist.

3) Vgl. Serik I § 8 II 3 und § 13 II 4 Fn. 63.

4) Näheres dazu unten S. 33 ff.

dieser Vorschrift ergibt, daß ein Ersatzaussonderungsanspruch bei einer Veräußerung von Vorbehaltsgut nur besteht, wenn diese rechtswidrig ist.

a) Der Stand der Meinungen

Eine früher hM [1] vertrat die Ansicht, § 46 KO umfasse sowohl seinem Wortlaut, als auch seinem Zweck nach, rechtmäßige und rechtswidrige Veräußerungen; die Motive ließen bei der Darlegung vor allem der Entstehungsgeschichte des gleichlautenden § 38 der Reichskonkursordnung von 1877 daran keine Zweifel. Nach dem Willen des Gesetzgebers komme es einzig und allein darauf an, daß der veräußerte Gegenstand ohne die Veräußerung hätte ausgesondert werden können. Aus diesem Grund müsse es gleichgültig sein, wie und warum der Gegenstand in die Hand des nachmaligen Gemeinschuldners gelangt sei und ob er in der Folge rechtmäßig oder rechtswidrig veräußert worden sei.

In der neueren Rspr. und Lit. [2] ist man sich dagegen im Ergebnis darüber einig, daß dem Berechtigten nur bei rechtswidrigen Veräußerungen des Aussonderungsgegenstands ein Anspruch nach § 46 KO zustehen kann. Zur Begründung wird regelmäßig - insbesondere in der Rspr. des BGH - auf die Ausführungen des RG in seiner Entscheidung vom 19.11.1926 [3] Bezug genommen. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin hatte einem Kaufmann Textilwaren geliefert und sich das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Die Weiterveräußerung der Vorbehaltsware, die der später in Konkurs gefallene Käufer vorgenommen hatte, war ihm von der Klägerin gestattet worden. Wie bereits die Vorinstanzen, so hat auch das RG die Anwendbarkeit des § 46 KO in diesem Fall mit der Begründung verneint, diese Vorschrift greife nur bei rechtswidrigen Veräußerungen ein. Gestützt wird diese Ansicht von drei Erwägungen:

---

1) Insbes. Hochmuth S. 18 ff m.w.Nachw.; vgl. auch Jaeger 6/7. Aufl. Anm. 2 zu § 46 KO; OLG Stettin Seuff.Arch. 68 Nr. 163 I (S. 196 f); OLG Kiel Seuff.Arch. 68 Nr. 163 II (S. 298); Hellwig AcP 68, 223 ff (S. 224, 248)

2) RG 115, 262 ff (264); 133, 40 ff (44); 138, 89 ff (91); BGH NJW 1953, 217 f (218) mit insoweit zust. Anm. v. Raiser; BGH 27, 306 ff (307); 30, 176 ff (181);
Böhle-Stamschräder Anm. 7 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 10 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 2 zu § 46 KO; Lent-Jauernig § 45 I 2; Schönke-Baur § 51 C IV 1; Baur SR § 59 IV 1 a bb; drs., Fälle S. 72; Pagenstecher-Grimm § 3 VI; Schlegelberger-Hefermehl Anh. zu § 368 HGB Anm. 129; Serik I § 13 II 4; Klusak KTS 1965, 212; Mohrbutter C II 7; Franke KTS 157, 139.

3) RG 115, 262 ff.

Zunächst hat das Gericht auf die Begründung des Entwurfs [1] zu dem mit § 46 KO gleichlautenden § 38 der Reichskonkursordnung verwiesen und ausgeführt: "Bei der Rechtfertigung der Ausdehnung des Anspruchs auf den Fall, daß die fremde Sache schon vor der Eröffnung des KO-Verfahrens vom Gemeinschuldner veräußert worden war, finden sich dort (S. 183 Abs. 2) die Sätze:

> 'Es würde aber zu einer offenbaren Unbilligkeit ausschlagen, wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur KO-Masse und zur Verteilung unter alle Konkursgläubiger einzöge. Die Billigkeit verlangt, daß auch hier die Forderung auf den Erlös als dem Vindicationsberechtigten zustehend angesehen werde.'

Hiernach haben die Billigkeitserwägungen des Gesetzgebers auf den Fall abgestellt, daß die Veräußerung durch den Gemeinschuldner unrechtmäßig war."

Unmittelbar im Anschluß daran folgt die zweite Erwägung: "Hält man hieran fest, so ist weiter mit Jaeger (Komm. zur KO, 5. Aufl. Anm. 3 zu § 43, Bd. 1 S. 711) von der aus dem Wesen der Ersatzaussonderung herzuleitenden Satz auszugehen, daß § 46 KO Ansprüche nicht schaffen, sondern lediglich verstärken will.... Von dieser"(vom RG gebilligten) "Auffassung aus nimmt Jaeger (aaO Anm. 3 a.E.) zu der hier entscheidenden Frage im Sinne der Unanwendbarkeit des § 46 KO Stellung."

Weiter hat das RG ausgeführt, habe die Klägerin dem Gemeinschuldner die Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts gestattet, so sei die Sicherung, die sie sich ausbedungen habe, von vornherein nur beschränkt gewesen: bis zum Weiterverkauf sollten die Sachen ihr gehören, danach sollte die Kaufpreisforderung nicht länger gesichert sein. Demgemäß sei auch ihr Aussonderungsrecht im Konkurs ihres Abkäufers nur beschränkt gewesen: vereinbarungsgemäß sollte es nur bis zur Weiterveräußerung der Waren ausgeübt werden können. Diese Vereinbarung im Kaufvertrag schränke also den Anspruch auf Aussonderung ein. Bei dem veräußerten Vorbehaltsgut habe es sich somit nicht um Gegenstände gehandelt, "deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können."

b) Zur Kritik

Die Ansicht des RG, das Erfordernis der Rechtswidrigkeit in § 46 KO hinsichtlich der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands entspreche ausweislich der Motive der Intention des Gesetzgebers, ist von der Gegenmeinung zu Recht in Zweifel gezogen worden. Es wird zwar nicht verkannt, daß vor allem unberechtigte Veräußerungen Anlaß zur Schaffung der Vorschrift gegeben haben und auch

1) Nach Hahn, Motive, S. 182 ff.

ihren Hauptanwendungsbereich bilden. So sind, wie noch zu zeigen sein wird, vor allem Veräußerungen des Konkursverwalters in der Regel rechtswidrig, weil eine dem späteren Gemeinschuldner erteilte Veräußerungsbefugnis mit Eröffnung des Konkursverfahrens erlischt. Daß der Gesetzgeber die Anwendbarkeit des § 46 KO indessen nicht auf rechtswidrige Veräußerungen beschränken wollte, ergibt sich eindeutig aus der beispielhaften Erwähnung einzelner Fälle in den Motiven. So z.B., wenn dort [1] festgestellt wird, daß in Art. 368 des Deutschen Handelsgesetzbuchs (jetzt § 392 Abs. 2 HGB) die dem § 46 KO zugrundeliegende Anschauung des Entwurfs zum Prinzip erhoben worden sei. Daß nach dieser Vorschrift Forderungen aus auftragsgemäßen Veräußerungen der Kommissionsware durch den Kommissionär "im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten" gelten, ist selbstverständlich [2]. Die Motive äußern dazu weiter, man habe es nicht für erforderlich gehalten, den dem Entwurf zugrundeliegenden Gedanken für das eine oder andere Rechtsgeschäft nochmals zu bekräftigen, wie die Preußische Konkursordnung [3] dies zu Gunsten der Verkaufskommission mit § 25 Abs. 2 [4] getan habe. Auch die Anwendbarkeit der §§ 23, 28 u. 24 i.V. 44 PreußKO, die von den Motiven in diesem Zusammenhang angeführt werden, war keineswegs auf rechtswidrige Veräußerung beschränkt [5]. Letztlich kann sonach, wie Hochmuth [6] mit Recht betont, nicht zweifelhaft sein, daß § 46 KO nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl bei rechtmäßigen, als auch bei rechtswidrigen Verfügungen über den Aussonderungsgegenstand Anwendung finden sollte. Die vom RG gegebene Begründung hält nach allem insoweit einer Nachprüfung nicht stand.

---

1) Hahn, Motive, S. 183

2) Der Kommittent kann daher die Forderungen aus dem Verkauf der Kommissionsware im Konkurs des Kommissionärs gem. § 43 KO aussondern; Jaeger-Lent Anm. 51 zu § 43 KO.

3) Die Preußische Konkursordnung vom 8.5.1855 bildete die Grundlage für die Reichskonkursordnung vom 10.2.1877; vgl. Jaeger-Lent, Einleitung - Geschichte des Gesetzes - S. XLV.

4) § 25 Abs. 2 PreußKO lautet: "Hat der Schuldner die zum Verkauf in Kommission erhaltenen Waren und andere Gegenstände bereits veräußert, so kann an deren Stelle die Übereignung des Kaufpreises gefordert werden, soweit derselbe nicht durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt oder durch Kompensation in laufender Rechnung oder in anderer Weise vor der Konkurseröffnung zwischen dem Käufer und dem Gemeinschuldner berichtigt worden ist."

5) Vgl. etwa Koch Fn. 41 zu § 23 PreußKO.

6) S. 20/21

Auch das zweite Argument des RG vermag seine Auffassung, § 46 setze eine unrechtmäßige Veräußerung voraus, nicht zu stützen. Aus dem anerkannten Grundsatz, daß die Vorschrift nur anspruchsverstärkenden Charakter hat und nicht neue Ansprüche schaffen will, ergibt sich, entgegen der Ansicht des RG, nicht die Unanwendbarkeit der Vorschrift generell für rechtmäßige Veräußerungen. U.U. stehen dem Eigentümer auch bei einer rechtmäßigen Veräußerung seiner Sache durch einen anderen Ansprüche zu, die von § 46 KO verstärkt werden könnten; etwa solche nach den §§ 667, 675 BGB. Die Folgerung des RG, aus dem genannten Grundsatz ergebe sich zwangsläufig eine Beschränkung der Anwendbarkeit des § 46 KO auf rechtswidrige Veräußerungen, geht daher fehl [1].

Schließlich vermag auch das dritte Argument des RG nicht zu überzeugen. Aus der zutreffenden Feststellung, der Berechtigte "verzichte" für den Fall der rechtmäßigen Veräußerung seines Gegenstands auf das Aussonderungsrecht, kann nicht geschlossen werden, es habe sich im Hinblick auf § 46 KO nicht um einen Gegenstand gehandelt, dessen "Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können". [2] Wie oben [3] dargelegt, ist für § 46 KO erforderlich, aber auch genügend, daß die Aussonderungsfähigkeit des veräußerten Gegenstands im Zeitpunkt der Verfügung vorgelegen hat bzw., daß der veräußerte Gegenstand ohne die Verfügung hätte ausgesondert werden können. Das ist aber bei einem dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand stets und unabhängig davon der Fall, ob er rechtmäßig oder rechtswidrig veräußert worden ist.

c) Die Meinung Baurs

Baur [4] führt unter Berufung auf die hM aus, der Ansicht, daß eine rechtmäßige Veräußerung des Aussonderungsgegenstands von § 46 KO nicht erfaßt werde, sei

---

1) Unrichtig daher auch Mentzel-Kuhn (Anm. 10 zu § 46 KO) und Mohrbutter (C II 7 -S. 368-), die dem RG insoweit ausdrücklich gefolgt sind. Hochmuth (S. 19) irrt, wenn er gegen Mentzel ausführt, das RG habe einen derartigen Schluß nicht gezogen; das Gegenteil ergibt sich eindeutig aus der späteren Entscheidung desselben Senats, abgedruckt in RG 133, 40 ff (44).

2) Das RG hat nicht, wie Hochmuth (S. 27/28) meint, die Aussonderungsfähigkeit von Vorbehaltsgut generell, sondern nur im Hinblick auf § 46 für den Fall einer rechtmäßigen Veräußerung desselben verneint. Seine Ausführungen aaO. gehen daher ins Leere.

3) S. 11 ff.

4) Fälle S. 72

nach dem Grundgedanken der Vorschrift zuzustimmen: durch die Ersatzaussonderung solle ein vereiteltes Aussonderungsrecht oder Absonderungsrecht insoweit aufrechterhalten werden, als dem Berechtigten wenigstens das Surrogat für sein infolge der Veräußerung untergegangenes Recht zufließen soll. Eine Ersatzaussonderung komme also dann nicht in Betracht, wenn dem Berechtigten ohne die Veräußerung kein Aus- oder Absonderungsrecht zugestanden hätte; so sei ein Aus- oder Absonderungsrecht nicht gegeben, wenn der - spätere - Gemeinschuldner zur Veräußerung der Sache ermächtigt gewesen wäre.

Letzteres ist, wohl als Folge eines für § 46 KO verfehlten Aussonderungsbegriffs, unrichtig. Für die nach dieser Vorschrift erforderliche Aussonderungsfähigkeit genügt es, wenn der Berechtigte im Zeitpunkt der Verfügung die Nichtzugehörigkeit des veräußerten Gegenstands zum Vermögen des (späteren) Gemeinschuldners hätte geltend machen können [1]. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine solchermaßen nach hM bei Vorbehaltsgut im Konkurs des Vorbehaltskäufers bestehende Aussonderungsfähigkeit dadurch beeinträchtigt sein könnte, daß der Vorbehaltsverkäufer die Weiterveräußerung der Vorbehaltsware vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises gestattet hat. Gehört das Vorbehaltsgut nicht zum Vermögen des (späteren) Gemeinschuldners, so kann es für die im Rahmen des § 46 KO festzustellende Aussonderungsfähigkeit nicht darauf ankommen, ob die Sache rechtmäßig oder rechtswidrig veräußert worden ist.

Zur Unterstützung der hM führt Baur [2] weiter aus, es könne auf die Parallele zwischen § 816 BGB und § 46 KO hingewiesen werden. Genauso wenig, wie § 816 BGB im Falle einer rechtmäßigen Veräußerung eingreife, seien die Voraussetzungen einer Ersatzaussonderung gegeben, wenn der - spätere - Gemeinschuldner zur Veräußerung befugt gewesen sei; bestehe nämlich ohnehin kein Anspruch auf das Surrogat, so könne ein solcher auch im Konkursverfahren nicht bevorrugt werden.

Eine solche "Parallele" zwischen den angegebenen Vorschriften besteht angesichts der besonderen Funktion des § 46 KO indessen nicht. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist keineswegs davon abhängig, daß dem Berechtigten aus der

---

1) Vgl. oben S. 6, insbes. auch Fn. 1. Bezeichnenderweise folgt in Baur, Fälle, 1. Aufl. S. 78 im Anschluß an die oben wiedergegebenen Ausführungen der Halbsatz: "...; hier hätte der Gemeinschuldner nach wie vor ein Recht zum Besitz gehabt, das dem Aussonderungsbegehren hätte entgegengehalten werden können." Es scheint somit, als sei die hier angegriffene Stelle bei der Korrektur für die 2. Aufl. aus Versehen unberücksichtigt geblieben. Vgl. auch unten S. 62.

2) aaO.

Veräußerung seines Gegenstands ein Anspruch auf das "Surrogat" nach bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen erwachsen ist. Unstreitig stattet § 46 KO ja auch Schadensersatzansprüche etwa nach den §§ 823, 989 ff BGB im Konkurs mit seiner besonderen Rechtsfolge aus, womit der Gesetzgeber expressis verbis beabsichtigte, dem Berechtigten "die meist schwierige und zeitraubende Ermittlung des Schadens" zu ersparen [1].

d) Stellungnahme

Vermögen nach den bisherigen Ausführungen die in Rspr. und Lit. [2] gefundenen Begründungen eine Beschränkung der Anwendbarkeit des § 46 KO auf rechtswidrige Veräußerungen nicht zu stützen, so ist im Ergebnis gleichwohl daran festzuhalten. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:
Der "Verzicht" des Berechtigten auf sein Eigentum im Falle der von ihm gestatteten oder gar erwünschten Veräußerung seines Gegenstands hat zur Folge, daß diese keine unerlaubte Beeinträchtigung seiner Eigentümerstellung darstellt. Das BGB hat aus diesem Grund keinen Anlaß gesehen, dem Berechtigten im Rahmen der Schadensordnung gegen den Veräußerer einen Ersatzanspruch zu geben. Andererseits erwächst dem Berechtigten auch innerhalb der Ausgleichsordnung des BGB kein Bereicherungsanspruch hinsichtlich des dem Veräußerer zustehenden bzw. zugeflossenen Erlöses, weil dessen Zugehörigkeit zum Vermögen des Veräußerers nicht mit der materiellen Gerechtigkeit im Widerspruch steht. Im Gegensatz zu der Lage bei rechtswidrigen Verfügungen über einen fremden Gegenstand hat der Veräußerer hier nichts erhalten, was nach dem Zuweisungsgehalt des durch die Veräußerung erloschenen Rechts dem Berechtigten gehört. Ob er den aus der Veräußerung erzielten Erlös auch behalten darf, richtet sich ausschließlich nach dem zwischen ihm und dem Berechtigten bestehenden Schuldverhältnis. Ein sich aus einem solchen Schuldverhältnis für letzteren ergebender Anspruch (vgl. § 667 BGB) hat logischerweise nicht den Schutz der bewußt aufgegebenen Eigentümerstellung zum Ziel; er dient vielmehr der Erfüllung des Vertragszwecks.

---

1) Hahn, Motive, S. 183.

2) Auch Jaeger-Lent (Anm. 3 zu § 46 KO) stellen lediglich fest: § 46 KO wolle nur einen Ersatz für solche Aussonderungsansprüche geben, die gegen den Willen des Berechtigten vereitelt worden seien. Habe dieser dagegen selbst die Hand zu der Veräußerung geboten, so sei ein Ersatzaussonderungsanspruch nach dieser Vorschrift nicht gerechtfertigt. Ebenso Schlegelberger-Hefermehl Rdn. 116 Anh. zu § 368 HGB; Serik I § 13 II 4.

Nun hat aber das Gesetz mit § 46 KO gerade die Schaffung eines verlängerten Schutzes für fremdes Eigentum im Auge, wie sich aus den Motiven ergibt: "Der beabsichtigte Schutz fremden Eigentums muß unvollkommen erscheinen, wenn nicht der Fall bedacht wird, daß bei Erhebung des Anspruchs die fremde Sache nicht mehr in der Masse vorhanden, vielmehr durch Veräußerung oder andere Verwertung in die Hand eines Dritten übergegangen ist." [1] Von der anspruchsverstärkenden Funktion werden daher nichtigerweise nur solche bürgerlich-rechtlichen Ansprüche ergriffen, die dem Berechtigten aus der durch die Veräußerung des Gegenstands beeinträchtigten Eigentümerstellung erwachsen. Da, wie dargelegt, hierzu diejenigen Ansprüche nicht zu zählen sind, die dem früheren Eigentümer in der Folge einer rechtmäßigen Veräußerung des Aussonderungsgegenstands zustehen, ist die Anwendbarkeit des § 46 KO auf rechtswidrige Veräußerungen beschränkt.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch eine den Billigkeitsgedanken der Vorschrift berücksichtigende Abwägung zwischen der Schutzwürdigkeit des Berechtigten und dem Recht der übrigen Konkursgläubiger auf anteilige Befriedigung an dem gesamten Vermögen des Gemeinschuldners. Erscheint es danach bei einer rechtswidrigen Veräußerung des Aussonderungsgegenstands wegen der in ihr liegenden Rechtsverletzung gerechtfertigt, zugunsten des Betroffenen anstelle des Gegenstands die Gegenleistung aus der Konkursmasse herauszunehmen, so trifft dies für den Fall einer rechtmäßigen Veräußerung nicht zu. Hier ist kein Grund für eine dem früheren Eigentümer mit Hilfe des § 46 KO einzuräumende Vorzugsstellung gegenüber den anderen Konkursgläubigern erkennbar. Er kann mit seinem vertraglichen Anspruch - etwa auf Auskehrung des Erlöses - im Konkurs nicht besser stehen als ein Verkäufer, der als Vorleistungspflichtiger den Kaufgegenstand übereignet hat, ohne die Gegenleistung empfangen zu haben. Beide haben sich ihres Eigentums freiwillig begeben und müssen daher hinsichtlich ihrer vertraglichen Ansprüche gleichermaßen mit den anderen Konkursgläubigern ins Teil gehen.

e) Die Veräußerung von Gegenständen des Eigentumsvorbehalts

Für den Fall des Eigentumsvorbehalts ergibt sich das Erfordernis einer rechtswidrigen Veräußerung der Vorbehaltssache [2] im Rahmen des § 46 KO normalerweise auch unabhängig davon, ob man diese Vorschrift generell nur bei unberechtigten

---

1) Hahn, Motive, S. 182.

2) Das gilt auch für die Gegenstände des verlängerten Eigentumsvorbehalts, an denen der Vorbehaltsverkäufer im Wege der Verarbeitungsklausel oder des vorweggenommenen Besitzkonstituts Vorbehalts- bzw. Sicherungseigentum erlangt hat.

oder auch bei berechtigten Veräußerungen für anwendbar hält. Ist nämlich die Vorbehaltssache erlaubterweise vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter veräußert worden, so erwächst dem Vorbehaltsverkäufer aus dieser Veräußerung über den bestehenden Kaufpreisanspruch hinaus kein neuer Anspruch als Grundlage für ein Ersatzaussonderungsrecht. Der Kaufpreisanspruch hat nur den Rang einer gewöhnlichen Konkursforderung, falls er nicht durch Erfüllungswahl seitens des Konkursverwalters zu einer Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO geworden ist.

Die Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 46 KO auf rechtmäßige Veräußerungen gewinnt jedoch auch hier an Bedeutung, wenn die Erlaubnis zur Weiterveräußerung der Vorbehaltssache mit einer sog. Verkaufserlösklausel gekoppelt ist. Die Vereinbarung einer solchen Klausel im Vorbehaltskaufvertrag hat nämlich zur Folge, daß der Vorbehaltskäufer verpflichtet ist, den ihm durch die Veräußerung der Vorbehaltssache zugeflossenen Erlös bis zur Höhe der Verbindlichkeit gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer getrennt aufzubewahren und an diesen abzuführen [1]. Nach der hier vertretenen Meinung kann ein solcher Anspruch auf Auskehrung des Erlöses nicht von der anspruchsverstärkenden Funktion des § 46 KO ergriffen werden.

IV. DIE WEITERVERÄUSSERUNGSERMÄCHTIGUNG BEIM VORBEHALTSKAUF

Ist § 46 KO nur bei rechtswidrigen Verfügungen über einen Aussonderungsgegenstand anwendbar, so knüpft sich daran im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die Frage, wann die Veräußerung eines Vorbehaltsgegenstands durch den Vorbehaltskäufer bzw. den Konkursverwalter im Einzelfall rechtswidrig ist. Dies hängt entscheidend davon ab, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der Vorbehaltsverkäufer eine Veräußerung des Vorbehaltsgegenstands gestattet hat. Die Weiterveräußerungsermächtigung hat einmal die schuldrechtliche Wirkung, daß eine Veräußerung der sie betreffenden Sache in ihrem Rahmen keine Verletzung des Vorbehaltskaufvertrags darstellt. Gleichzeitig hat sie Einfluß auf das dingliche Verfügungsgeschäft. Bleibt der Vorbehaltskäufer bei der Veräußerung innerhalb der ihm erteilten Ermächtigung, so verfügt er über die Vorbehaltssache berechtigterweise (und damit wirksam, § 185 BGB). Liegt eine Weiterveräußerungsermächtigung hingegen überhaupt nicht vor oder überschreitet der Vorbehaltskäufer bzw. der Konkursverwalter die ihm insoweit eingeräumte Befugnis, so ist die Verfügung unberechtigt, (der Erwerber kann nur nach den Vorschriften über

1) Vgl. LG Lüneburg MDR 1958, 605.

den gutgläubigen Erwerb, also den §§ 932 ff BGB, § 366 HGB Eigentümer der Vorbehaltssache werden). In diesen Fällen liegt eine rechtswidrige Veräußerung i.S. des § 46 KO vor.

Im Folgenden sollen daher Bestand und Umfang der Veräußerungsermächtigung bei den einzelnen Arten des Eigentumsvorbehalts einer Prüfung unterzogen werden. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß zwischen dem Zweck des Eigentumsvorbehalts (Sicherung des Vorbehaltsverkäufers bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises) und dem Zweck der Weiterveräußerungsermächtigung, die den Vorbehaltskäufer instand setzen soll, die Kaufpreisforderung mit dem Erlös aus der Veräußerung des Vorbehaltsgegenstands zu begleichen, ein gewisses Spannungsverhältnis besteht.

1. Bestand und Umfang der Weiterveräußerungsermächtigung

a) Kann die Weiterveräußerungsermächtigung konkludent erteilt werden?

Hat sich der Vorbehaltsverkäufer lediglich das Eigentum an der verkauften Sache vorbehalten, ohne den Vorbehaltskäufer ausdrücklich zur Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises zu ermächtigen, so kann sich ein Recht des Vorbehaltskäufers hierzu gleichwohl aus den Umständen, insbesondere aus dem dem Vorbehaltsverkäufer bekannten Verwendungszweck der Ware ergeben. Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

Ist der Vorbehaltskäufer selbst Letztverbraucher, erwirbt er die Ware also, um sie zu behalten bzw. zu benutzen, so kann ein stillschweigendes Einverständnis des Vorbehaltsverkäufers zu ihrer Weiterveräußerung nicht angenommen werden. Der vereinbarte Eigentumsvorbehalt hat den Zweck, dem Vorbehaltsverkäufer die Rücknahme der Kaufsache zu ermöglichen, falls der Käufer die Kaufpreisforderung nicht erfüllt. Fälle dieser Art sind regelmäßig die Abzahlungsgeschäfte. Obwohl sich hier das Fehlen einer Weiterveräußerungsbefugnis eigentlich von selbst versteht, ist dies der Deutlichkeit halber in den üblichen Teilzahlungsverträgen des Einzelhandels noch ausdrücklich niedergelegt. Eine Veräußerung der Vorbehaltsware ohne eine ausdrückliche Ermächtigung hierzu seitens des Vorbehaltsverkäufers ist hier rechtswidrig [1].

Anders ist die Lage, wenn der Vorbehaltskäufer die Ware gerade zu dem Zweck erwirbt, um sie in seinem Geschäftsbetrieb gewinnbringend weiterzuveräußern und dem Vorbehaltsverkäufer dies bekannt ist. Fälle dieser Art bilden die sog.

---

1) Franke KTS 1957, 139 ff (142).

Zwischenhandelsgeschäfte. Bei ihnen wird allgemein anerkannt, daß der Vorbehaltskäufer auch ohne eine ausdrücklich dahin gehende Ermächtigung durch den Vorbehaltsverkäufer im Kaufvertrag berechtigt ist, die Ware vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises zu veräußern [1].

b) Der Begriff des "ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs"

Die Weiterveräußerungsermächtigung kann in diesen Fällen allerdings nicht als schrankenlos erteilt gelten. In Rspr. und Lit. wird angenommen, der Vorbehaltskäufer dürfe nur im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs über die Vorbehaltsware verfügen [2]. Die Angaben, was unter diesem Begriff zu verstehen ist, beschränken sich in der Regel auf eine beispielhafte Aufzählung einzelner Fälle. So ist z.B. ausgeführt worden, der Vorbehaltsverkäufer dürfe die Ware nicht zu Schleuderpreisen verkaufen [3]; er dürfe auch nicht sein Warenlager mit den darin befindlichen Vorbehaltswaren im Ganzen verkaufen [4]. Unerlaubt sei ferner die Veräußerung großer Mengen der Vorbehaltsware von einem Einzelhändler an einen anderen, da ordnungsgemäß hier lediglich ein Verkauf an den Endverbraucher sei [5]. Dem Vorbehaltskäufer sei es auch nicht gestattet, die Vorbehaltsware zur Abdeckung einer Verbindlichkeit einem Gläubiger zu übereignen [6].

So gesehen scheint dem Vorbehaltskäufer die Veräußerung der Vorbehaltsware immer dann gestattet zu sein, wenn sie im Verhältnis zu dem Abnehmer dem "normalen, gewöhnlichen oder üblichen" Geschäftsgang seines Betriebs entspricht [7]. Eine derartige Auslegung des Begriffs "ordnungsgemäßer Geschäftsbetrieb" ließe indessen das durch den Eigentumsvorbehalt dokumentierte Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers außer Acht. Dieser wird nur dann mit einem Verkauf der Vorbehaltsware und damit zur Aufgabe seiner Sicherheit bereit sein, wenn die Bezahlung seiner Kaufpreisforderung durch den Vorbehalts-

---

1) Palandt-Putzo Anm. 2 a aa zu § 455 BGB; Erman-Böhle-Stamschräder Anm. 4d zu § 455 BGB; Baur SR § 59 II 2b; Serik I § 8 II 1 m.w. Nachw.

2) Vgl. etwa Serik aaO; Staudinger-Ostler Anm. 22 zu § 455 BGB

3) RG Warn. Rspr. 1932 Nr. 56

4) RG HHR 35 Nr. 1587

5) OLG Celle NJW 1959, 1686

6) OLG Stuttgart JW 1931 S. 84 m. Anm. v. Bibergeil. Dagegen OLG Hamm JW 1932, 201: Die Übereignung einer Vorbehaltssache an einen Angestellten zur Abdeckung von dessen Anspruch auf Weihnachtsgratifikation liege noch innerhalb eines normalen Geschäftsbetriebs (bedenklich!)

7) OLG Celle aaO.

käufer mit Hilfe des Erlöses aus der Weiterveräußerung gesichert ist [1]. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, so liegt die gleichwohl vorgenommene Weiterveräußerung der Vorbehaltsware außerhalb eines "ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs" und ist daher rechtswidrig. [2]

c) Folgerungen

Von hier aus ergibt sich die Lösung für die einzelnen Fälle. Der Vorbehaltskäufer darf z.B. die Vorbehaltsware außer gegen Barzahlung nur an solche Abnehmer verkaufen, deren Kreditwürdigkeit er im Rahmen des Zumutbaren geprüft hat. Das Interesse des Vorbehaltsverkäufers an der Erzielung eines angemessenen Preises für die Vorbehaltsware ist nicht tangiert, wenn der Vorbehaltskäufer bei der Veräußerung in gewissem Umfang Preisnachlässe oder Rabatte gewährt; auch nicht, wenn die Vorbehaltsware in den Grenzen einer zweckmäßigen Geschäftsführung in Saisonschlußverkäufe einbezogen wird. Selbstverständlich liegt ein Verkauf der Ware zu Schleuderpreisen [3] nicht im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs. Der Vorbehaltskäufer ist auch nicht berechtigt, das Vorbehaltsgut zu stark herabgesetzten Preisen etwa bei Geschäftsaufgabe zu veräußern [4].

Für Sicherungsübereignungen und Verpfändungen der Vorbehaltssache ergibt sich folgendes: eine Verpfändung des Vorbehaltsguts durch den Vorbehaltskäufer läuft dem Zweck der Weiterveräußerungsermächtigung zuwider und ist daher rechtswidrig. Erfolgt sie zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit, so ist sie unerlaubt, weil dem Vermögen des Vorbehaltskäufers kein Wert zufließt, der ihm die Bezahlung der Kaufpreisforderung ermöglichen würde. Erfolgt sie im Rahmen eines Darlehensvertrags, so ist sie unerlaubt, weil die gleichzeitige Entstehung der Darlehensschuld das Vermögen des Vorbehaltskäufers vermindert,

---

1) Vgl. BGH NJW 1969, 1171

2) Darüber hinaus können sich freilich im Einzelfall aus dem Vorbehaltskaufvertrag weitere Beschränkungen für den Vorbehaltskäufer bezüglich der Weiterveräußerung ergeben. So etwa, wenn ihm vom Vorbehaltsverkäufer eine Belieferung von bestimmten Abnehmern verboten worden ist (Preisbrecher!). Nach Franke (KTS 1957, 139 ff -141-) gehört daher ganz allgemein zu einem "ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb", daß der Vorbehaltskäufer alles unterläßt, was seiner mit dem Vertrag übernommenen Verpflichtung, die wirtschaftliche und rechtliche Position des Vorbehaltsverkäufers nicht zu beeinträchtigen, zuwiderläuft.

3) Zum Begriff der Preisschleuderei vgl. Heidland KTS 1968, 61 ff

4) In zweifelhaften Fällen wird sich der Vorbehaltskäufer zweckmäßigerweise mit dem Vorbehaltsverkäufer in Verbindung setzen.

wobei der ausbezahlte Darlehensbetrag nicht zur Begleichung der Kaufpreisforderung ausreicht; er ist nämlich regelmäßig wesentlich geringer als der Marktwert der verpfändeten Sache [1].

Für Sicherungsübereignungen gilt insoweit entsprechendes [2]. Anders ist es indessen, wenn das Vorbehaltsgut anläßlich eines Finanzierungsgeschäfts zur Sicherung übertragen wird. Hier erhält der Vorbehaltskäufer von dem Finanzierungsinstitut (Teilzahlungsbank) den mit dem Abnehmer vereinbarten Kaufpreis sofort ausbezahlt. Der Abnehmer wird Darlehensschuldner des Finanzierungsinstituts, das zur Sicherung seines Rückzahlungsanspruchs die Vorbehaltsware vom Vorbehaltskäufer übertragen erhält. Solche Geschäfte sind einem Barverkauf gleichzustellen [3] und liegen daher im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs.

Ein ordnungsgemäßer Geschäftsbetrieb liegt beim Vorbehaltsverkäufer insgesamt nicht mehr vor, wenn er aus Mangel an Zahlungsmitteln unfähig ist, seine Verbindlichkeiten im Wesentlichen zu erfüllen und daher seine Zahlungen eingestellt hat [4]. Ein Einverständnis des Vorbehaltsverkäufers zur Weiterveräußerung der Vorbehaltsware kann hier nicht angenommen werden, da eine Bezahlung der Kaufpreisforderung unter diesen Umständen - vor allem im Hinblick auf das regelmäßig nachfolgende Insolvenzverfahren - nicht mehr gewährleistet ist. Das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers tritt in den Vordergrund [5].

Das gilt in verstärktem Maße für die Zeit nach der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Vorbehaltskäufers. Eine Veräußerung der Vorbehaltsware durch den Konkursverwalter ist daher regelmäßig rechtwidrig [6]. Das gilt

---

1) Die sog. "Beleihungsgrenze" bei beweglichen Sachen liegt in der Geschäftspraxis etwa der Banken bei ca. 40%.

2) Serik I § 8 II 2a.

3) Serik aaO. unter Hinweis auf BGH BB 1960, 383.

4) Zu den Begriffen "Zahlungsunfähigkeit" bzw. "Zahlungseinstellung" vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 2c zu § 30 KO bzw. Anm. 2 zu § 102 KO.

5) Franke KTS 1957, 139 ff (141); Serik I § 8 II 5. Es ist allerdings nicht korrekt, wenn Letzterer ausführt, eine für den ordnungsgemäßen Geschäftsgang erteilte Weiterveräußerungsermächtigung "entfalle" mit dem Augenblick der Zahlungseinstellung durch den Vorbehaltskäufer. Sie ist insoweit gar nicht erteilt.

6) Bei einer Veräußerung des Vorbehaltsguts nach Konkurseröffnung durch den Gemeinschuldner gilt folgendes: § 7 KO ist nicht anwendbar, da das Vorbehaltsgut nicht zur Konkursmasse (Sollmasse) gehört. § 46 KO ist nicht anwendbar, weil die Gegenleistung nicht in die Konkursmasse fällt, sondern konkursfreies Vermögen des Gemeinschuldners darstellt. Dem Vorbe-

auch dann, wenn dieser zuvor auf Erfüllung des Vorbehaltskaufvertrags gem. § 17 KO bestanden hat. Zwar wird die Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers mit der Erfüllungswahl Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO; da indessen die Konkursmasse selbst zur Befriedigung der Masseschulden oftmals nicht ausreicht, kann grundsätzlich nicht angenommen werden, der Vorbehaltsverkäufer habe im Rahmen der Weiterveräußerungsermächtigung einer Verwertung des Vorbehaltsguts durch den Konkursverwalter zugestimmt [1].

d) Die ausdrücklich erteilte Weiterveräußerungsermächtigung

Vielfach wird dem Vorbehaltskäufer die Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises (und - beim erweiterten Eigentumsvorbehalt - auch anderer Forderungen) ausdrücklich gestattet. Die entsprechenden Vertragsklauseln beschränken die Berechtigung des Vorbehaltsverkäufers insoweit regelmäßig auf einen "ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb" o.ä. [2]. Z.T. wird dabei dem Vorbehaltskäufer eine Verpfändung bzw. Sicherungsübereignung der Vorbehaltsware ausdrücklich untersagt. Für den Umfang der Weiterveräußerungsermächtigung in diesen Fällen kann mithin auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

e) Besonderheiten beim Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel

Die "Verlängerung" des Eigentumsvorbehalts mit Hilfe einer Vereinbarung über die Vorausabtretung der aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware dem Vorbehaltskäufer zustehenden Forderung hat den Zweck, dem Vorbehaltsverkäufer eine Ersatzsicherung für das durch die Verfügung untergehende Vorbehaltseigentum zu verschaffen. Eine Veräußerung, bei der dieses Ziel nicht erreicht werden kann, weil die Abtretbarkeit der Forderung gegen den Abnehmer vertraglich ausgeschlos-

---

Fortsetzung der Fußn. 6) von S. 37:
haltsverkäufer steht in diesem Fall u.U. ein außerhalb des Konkursverfahrens geltendzumachender Anspruch aus § 816 I BGB gegen den Gemeinschuldner zu. Vgl. Jaeger-Lent Anm. 11 zu § 46 KO.

1) BGH NJW 1953, 217 f (218) mit insoweit zust. Anm. v. Raiser; Jaeger-Lent Anm. 3 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 10 zu § 46 KO; Walb BB 1953, 577 ff (578); Serik, aaO., meint, die Weiterveräußerungsermächtigung "erlösche" mit Konkurseröffnung. Sie ist indessen für diesen Fall von vornherein gar nicht erteilt.

2) Vgl. den vom KG entschiedenen, in KTS 1968, 117 ff abgedruckten Fall; vgl. ferner die bei Serik (I § 8 II 2 Fn. 8-12) abgedruckten Auszüge aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen verschiedener Handelsbranchen.

sen ist (§ 399 BGB) [1], ist rechtswidrig. Sie liegt nicht innerhalb eines ordnungsgemäßen Geschäftsverkehrs des Vorbehaltskäufers im Verhältnis zum Vorbehaltsverkäufer, weil dessen Kaufpreisforderung nach der Veräußerung nicht mehr gesichert ist [2]. Eine Veräußerung des Vorbehaltsguts ist aus denselben Gründen rechtswidrig, wenn die Forderung gegen den Abnehmer von der Vorausabtretungsklausel deshalb nicht ergriffen werden kann, weil sie vom Vorbehaltskäufer zuvor an einen Dritten - etwa an eine Bank im Rahmen einer Globalzession - abgetreten worden ist [3] [4].

---

1) Eine solche Abrede verstößt im Verhältnis zum Vorbehaltsverkäufer grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben BGH NJW 1969, 415.

2) Allg. Meinung; vgl. etwa BGH 30, 176 ff (181); Mentzel-Kuhn Anm. 35 zu § 43 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 7 zu § 46 KO. Serik I § 8 II 2b.

3) BGH 27, 306; Serik § 8 II 2b.
Nach der Rspr. gilt in diesen Fällen grundsätzlich das Prioritätsprinzip; (Vgl. etwa BGH JZ 1959, 600 m. Anm. v. Blomeyer; BGH NJW 1968, 1516 = JZ 1968, 527 ff. mit Anm. v. Esser; BGH JZ 1969, 113 ff). Eine zeitlich frühere Globalzession kommt allerdings im Einzelfall dann nicht zum Zug, wenn sie den Sicherungsgeber (Vorbehaltskäufer) dazu drängt, sich gegenüber seinen Lieferanten unlauter zu verhalten. Für eine Unwirksamkeit der Globalzession gem. § 138 BGB ist nach der Rspr. indessen erforderlich, daß sich der Sicherungsnehmer dieses Drucks auf den Sicherungsgeber im konkreten Fall bewußt ist. Er muß also wissen, daß dieser seine Ware regelmäßig unter verlängertem Eigentumsvorbehalt einkauft (einkaufen muß) und daher die Tatsache der Globalzession mit der Folge der Gegenstandslosigkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts seinen Lieferanten zu verschweigen genötigt ist. Angesichts der durch dieses subjektive Erfordernis bedingten - von Esser (aaO.) zu Recht kritisierten - Unsicherheit der Rechtslage für den Vorbehaltsverkäufer kann nicht angenommen werden, dieser sei trotz Vorliegens einer Globalzession im Einzelfall u. U. mit einer Weiterveräußerung der Vorbehaltsware einverstanden.

4) Z. T. finden sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch Klauseln, wonach die Vorausabtretung nicht mit Vertragsschluß vereinbart wird, der Vorbehaltskäufer vielmehr lediglich verpflichtet ist, die Forderung aus dem Weiterverkauf der Vorbehaltsware an den Vorbehaltsverkäufer abzutreten. Eine solche Verpflichtung ist ohne Einfluß auf die Weiterveräußerungsermächtigung. Hat der Vorbehaltskäufer die Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb weiterveräußert, so ist diese Veräußerung auch dann rechtmäßig, wenn er es anschließend unterläßt, die Forderung gegen seinen Abnehmer auf den Vorbehaltsverkäufer zu übertragen. Auch in diesen Fällen ist die Veräußerung aber rechtswidrig, wenn von vornherein feststeht,

Zweifelhaft ist die Beantwortung der Frage, ob eine rechtswidrige Veräußerung des Vorbehaltsguts auch dann vorliegt, wenn sich erweist, daß die Forderung des Vorbehaltskäufers gegen seinen Abnehmer mangels Bestimmbarkeit [1] oder wegen Nichtigkeit der vereinbarten Vorausabtretung gem. § 138 BGB [2] nicht auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangen ist.

Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich zunächst für die Fälle, in denen der Vorbehaltskaufvertrag eine Klausel enthält, nach der die Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Wirksamkeit der übrigen Vereinbarungen nicht berührt [3]. Eine solche Klausel hat zur Folge, daß eine dem Vorbehaltskäufer für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb auch dann in Kraft bleibt, wenn die Vorausabtretungsklausel dem Vorbehaltsverkäufer die Forderung gegen den Abnehmer aus den genannten Gründen nicht verschaffen kann [4]. Ist der Vorbehaltskäufer im Rahmen der ihm erteilten Weiterveräußerungsermächtigung geblieben, so ist die Verfügung über das Vorbehaltsgut rechtmäßig, obwohl der Vorbehaltsverkäufer danach hinsichtlich seiner Kaufpreisforderung ungesichert ist.

Wie aber, wenn eine solche Bestimmung nicht in den Vertrag aufgenommen worden ist?
Eine Verknüpfung der Vorausabtretung mit der Ermächtigung zur Weiterveräußerung in dem Sinn, daß der Vorbehaltskäufer über das Vorbehaltsgut nur dann verfügen darf, wenn die Forderung gegen seinen Abnehmer auch tatsächlich auf den Vorbehaltsverkäufer übergeht (rechtsgeschäftliche Bedingung), würde dem Vorbehaltskäufer eine Prüfungspflicht hinsichtlich der Wirksamkeit der Vorausabtretungsklausel auferlegen. Das geht aber über den Rahmen dessen hinaus, was dem

---

Fortsetzung der Fußn. 4) von S. 39:
daß die Forderung wegen des Ausschlusses ihrer Abtretbarkeit nach § 399 BGB bzw. wegen einer früheren Globalzession gar nicht (mehr) abgetreten werden kann; vgl. dazu RG 138, 92; Kuhn WM 1959, 98 ff (102).
Anders dann, wenn der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltsware nur unter der Voraussetzung veräußern darf, daß er gleichzeitig die Forderung gegen den Abnehmer auf den Vorbehaltsverkäufer überträgt. Tut er letzteres nicht, so ist die Veräußerung rechtswidrig. Vgl. OLG Frankfurt BB 1957, 273.

1) Vgl. dazu oben S. 2 Fn. 3.

2) etwa wegen Übersicherung; vgl. BGH 26, 185 ff (189); BGH NJW 1968, 1712 ff (1714).

3) Derartige Klauseln sind - vor allem in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen - üblich geworden.

4) Vgl. BGH 30, 176 ff (184).

Vorbehaltskäufer billigerweise zugemutet werden kann [1]. Eine mangelnde Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung im Zeitpunkt ihrer Entstehung bzw. eine Übersicherung beruht auf einer ungenauen bzw. zu weiten Fassung der Vorausabtretungsklausel. Da der Vorbehaltskäufer auf die Formulierung regelmäßig keinen Einfluß hat [2] und die Klausel ausschließlich im Interesse des Vorbehaltsverkäufers vereinbart wird, liegt der Grund für ihre Unwirksamkeit in dessen Einflußbereich ("Sphäre"). Mit einer vom Erfolg der Vorausabtretungsvereinbarung abhängigen Weiterveräußerungsermächtigung würde das somit normalerweise vom Vorbehaltsverkäufer zu tragende Risiko für die Unwirksamkeit in unbilliger Weise auf den Vorbehaltskäufer übertragen. Es kann daher von vornherein nicht angenommen werden, eine für den ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr erteilte Veräußerungsermächtigung sei durch den Erfolg der Vorausabtretung bedingt [3].

Es ergibt sich somit, daß der Bestand einer dem Vorbehaltskäufer erteilten Veräußerungsbefugnis generell von der Wirksamkeit der Vorausabtretungsklausel unabhängig ist [4]. Auch bei Vorliegen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts ist die Ermächtigung zur Weiterveräußerung der Vorbehaltsware durch den Vorbehaltskäufer im Zweifel nicht gegeben, wenn dieser seine Zahlungen eingestellt hat [5]. Zwar erwirbt der Vorbehaltsverkäufer hier eine Ersatzsicherung in Form der ihm im voraus abgetretenen Forderung gegen den Dritten; zudem ist der Vorbehaltsverkäufer für diesen Fall auch nicht zur Einziehung der Forde-

---

1) Serik I § 8 II 2c.

2) Dies vor allem dann nicht, wenn dem Vorbehaltskaufvertrag die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vorbehaltskäufers zugrundegelegt werden.

3) Vgl. Klusak KTS 1965, 212 f.

4) Das gilt auch dann, wenn die Befugnis des Vorbehaltskäufers ausdrücklich vom Erfolg der vereinbarten Forderungsabtretung abhängig gemacht worden ist, weil diese Verknüpfung wegen der aus ihr folgenden unbilligen Risikoverteilung gegen § 242 BGB verstößt und damit unwirksam ist. Klusak (aaO) geht von der Zulässigkeit einer solchen Vertragsklausel aus, will jedoch dem Vorbehaltsverkäufer in diesen Fällen einen Ersatzaussonderungsanspruch mit Hilfe des § 242 BGB versagen. Da indessen die unzumutbare Belastung des Vorbehaltskäufers ihren Grund in der betreffenden Vertragsklausel hat, muß der Hebel richtigerweise auch an dieser Stelle angesetzt werden. Die hier vertretene Meinung dürfte auch eher auf der vom BGH (in BGH 27, 306 ff, 309) angedeuteten Linie liegen als die Ansicht Klusaks, die auf diese Entscheidung gestützt wird.

5) Vgl. oben S. 37 f.

rung berechtigt [1]. Die Sicherung des Vorbehaltsverkäufers ist indessen wegen der üblicherweise bei insolventen Schuldnern bestehenden Unregelmäßigkeiten in der Geschäftsführung wesentlich geringer als ohne die Veräußerung, so daß von einer Ermächtigung hierzu nicht ausgegangen werden kann.
Ohne weiteres rechtswidrig ist eine Veräußerung der Vorbehaltsware durch den Konkursverwalter, da die vereinbarte Vorausabtretung wegen § 15 KO den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist [2].

f) Der weitergegebene Eigentumsvorbehalt

Mitunter gestattet der Vorbehaltsverkäufer die Veräußerung des Vorbehaltsguts nur unter der Bedingung, daß sich der Vorbehaltskäufer seinerseits das Eigentum gegenüber seinem Abnehmer vorbehält. In diesen Fällen wird von einem "weitergegebenen Eigentumsvorbehalt" gesprochen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, in denen der Vorbehaltskäufer seinen Abnehmern den an der Sache bereits bestehenden Eigentumsvorbehalt offenbart und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. [3] Eine unbedingte Verfügung über das Eigentum an der Vorbehaltssache ist hier rechtswidrig, weil sie nicht mehr im Rahmen der erteilten Weiterveräußerungsermächtigung liegt [4].

2. Das Erlöschen der Veräußerungsermächtigung

a) durch Widerruf seitens des Vorbehaltsverkäufers

Eine Veräußerung der Vorbehaltssache ist selbstverständlich auch dann rechtswidrig, wenn der Vorbehaltsverkäufer die Ermächtigung hierzu zuvor wirksam widerrufen hat. Die Meinungen zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen

---

1) Näheres dazu unten S. 52 ff.

2) BGH NJW 1955, 544; Böhle-Stamschräder Anm. 4 zu § 15 KO; Jaeger-Lent Anm. 22 a.E. zu § 15 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 9 zu § 15 KO.

3) Serik (I § 5 I 3a u. § 15 IV 2) spricht im ersten Fall von einem "weitergeleiteten", im zweiten Fall von einem "nachgeschalteten" Eigentumsvorbehalt. Die Terminologie ist nicht einheitlich. Vgl. auch Baur SR § 59 4b.

4) Bei einem pflichtgemäß weitergegebenen Eigentumsvorbehalt verliert der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum nicht. Dieses ist dann allerdings doppelt bedingt: einmal durch die Zahlung des Vorbehaltskäufers, ferner aber auch durch die Zahlung des Dritterwerbers an diesen; (str.; über den Stand der Meinungen vgl. Serik I § 15 IV 2b mit Nachw.).

dem Vorbehaltsverkäufer ein Widerrufsrecht zusteht, sind allerdings geteilt.

Nach Auffassung des BGH [1] ist eine im Rahmen eines Vorbehaltskaufvertrags erteilte Ermächtigung zur Weiterveräußerung des Vorbehaltsgegenstands grundsätzlich widerruflich, solange dieser nicht in das Eigentum eines Dritten übergegangen ist. Dies folge, so der BGH, aus dem Sinn und Zweck des Eigentumsvorbehalts. Der in § 183 BGB vorgesehene Ausnahmefall einer unwiderruflichen Ermächtigung liege daher nicht vor.

Serik [2] meint demgegenüber, eine Ermächtigung zur Verfügung über die Vorbehaltsware sei insoweit unwiderruflich, als der Vorbehaltsverkäufer vertragstreu und die Bezahlung des Restkaufpreises an den Vorbehaltsverkäufer nicht gefährdet sei. So wenig, wie der Vorbehaltsverkäufer dem vertragstreuen Vorbehaltskäufer willkürlich den Besitz entziehen könne, so wenig habe er das Recht, die dem Vorbehaltskäufer erteilte Weiterveräußerungsermächtigung frei zu widerrufen. Der Vorbehaltsverkäufer habe nur unter den Voraussetzungen ein Widerrufsrecht, unter denen er berechtigt sei, die Vorbehaltsware zurückzuverlangen. Das ergebe sich aus dem Vorbehaltskauf, bei dem der Vorbehaltskäufer sich darauf einstellen dürfe, daß die Weiterveräußerungsermächtigung Bestand habe, es sei denn, die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts verlange eine gegenteilige Entscheidung.

Mit Serik ist die grundsätzliche Widerruflichkeit der Weiterveräußerungsermächtigung zu verneinen. Entgegen der Auffassung des BGH folgt eine solche nicht aus der Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts. Wie oben [3] dargelegt, bestimmt das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers den Umfang der Weiterveräußerungsermächtigung: der Vorbehaltskäufer darf das Vorbehaltsgut von vornherein nur im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs veräußern, insbesondere nur, wenn die Kaufpreiszahlung an den Vorbehaltsverkäufer gewährleistet ist. In der Folge ist aber weder ein Sinn noch ein Bedürfnis für eine aus der Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts abzuleitende Widerruflichkeit der Weiterveräußerungsermächtigung erkennbar.

Die Unwiderruflichkeit der (grundsätzlich abstrakten) Veräußerungsermächtigung ergibt sich demgegenüber nach der speziellen Regelung in § 183 BGB aus dem Sinn und Zweck des ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts, dem Vorbe-

---

1) BGH 14, 114 ff (118). Auf diese Entscheidung beruft sich fast die gesamte Lit. ohne weitere Begründung. Vgl. etwa Soergel-Schultze-v. Lasaulx Rdn. 3 zu § 183 BGB; Palandt-Putzo Anm. 2a bb zu § 455 BGB; RGR Komm. Anm. 31 zu § 455 BGB; Schlegelberger-Hefermehl Rdn. 22 Anh. zu § 368 HGB.

2) I § 8 II 5

3) S. 35 ff.

haltskauf. Eine Einwilligung des Berechtigten in eine Verfügung über einen ihm gehörenden Gegenstand ist, wie eine Vollmachtserteilung nach § 168 BGB, nach allgemeiner Meinung ausnahmsweise dann unwiderruflich, wenn sie nach dem ihr zugrundeliegenden Rechtsgeschäft zumindest auch im Interesse des Ermächtigten erteilt worden ist [1]. Das ist beim Vorbehaltskauf der Fall. Die Weiterveräußerungsermächtigung wird aus zwei Gründen vereinbart. Sie soll, wie bereits erwähnt, dem Vorbehaltskäufer die Möglichkeit geben, den Kaufpreisanspruch des Vorbehaltsverkäufers mit dem Veräußerungserlös zu erfüllen; sie soll ihn aber auch als Zwischenhändler, Handwerker usw., der seinen Einkauf nicht aus eigenen Mitteln vorfinanzieren kann, instand setzen, seinen Geschäftsbetrieb mit Hilfe des ihm durch den Vorbehaltskauf eingeräumten Warenkredits aufrechtzuerhalten. Letzteres ist hier entscheidend. Ohne eine Weiterveräußerungsermächtigung könnte der Vorbehaltskauf seinen Zweck für den Vorbehaltskäufer gar nicht erfüllen; ohne sie würde er daher von vornherein nicht zum Abschluß des Vertrags bereit sein. [2] Richtigerweise ist die Veräußerungsermächtigung Teil der vertraglichen Erfüllungshandlung des Vorbehaltsverkäufers. Der Vorbehaltskäufer hat einen Anspruch auf eine rechtliche Stellung, die es ihm ermöglicht, den Verkauf der Vorbehaltsware nach eigener Disposition unabhängig vom Willen des Vorbehaltsverkäufers vorzunehmen. Daraus folgt zugleich, daß die Veräußerungsermächtigung, obwohl grundsätzlich unwiderruflich erteilt, dann widerrufen werden kann, wenn dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber dem Anspruch des Vorbehaltskäufers auf Vornahme der Veräußerung eine Einrede erwachsen ist: unter den Voraussetzungen des § 320 BGB. Die Erteilung der unwiderruflichen Veräußerungsermächtigung durch den Vorbehaltsverkäufer ist noch nicht die Erfüllung des Rechts des Vorbehaltskäufers auf Vornahme der Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts, sondern lediglich eine Erfüllungshandlung, welche dem Vorbehaltskäufer die Macht verleiht, die Erfüllung selbst

---

1) Vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey § 204 III 2; Flume II § 55 (S. 897) i. V. mit § 53 3.(S. 879); Soergel-Schultze-v. Lasaulx Rnd. 22 zu § 168 BGB.

2) Das Interesse des Vorbehaltskäufers am Bestand der Weiterveräußerungsermächtigung ist neuerdings vom BGH (NJW 1969, 1171) ausdrücklich anerkannt worden. Für die Entscheidung konnte jedoch die Frage nach den Voraussetzungen eines Widerrufsrechts dahingestellt bleiben, da die Veräußerung des Vorbehaltsguts nicht im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs des Vorbehaltskäufers lag und damit auch ohne Berücksichtigung des erfolgten Widerrufs der Veräußerungsermächtigung durch den Vorbehaltsverkäufer rechtswidrig war.

zu bewirken [1]. Entsteht für den Vorbehaltsverkäufer ein Leistungsverweigerungsrecht, so muß er auch durch einen Widerruf der Weiterveräußerungsermächtigung die Erfüllung verhindern können [2].

b) Das Erlöschen der Weiterveräußerungsermächtigung mit Vertragsauflösung

Abgesehen vom Widerruf in besonderen Fällen richtet sich das Erlöschen einer unwiderruflichen Verfügungsermächtigung nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsgeschäft [3]. Dies bedeutet allerdings nicht, daß das Ende des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses die Verfügungsermächtigung notwendig zum Erlöschen bringt, sondern nur, daß ihre Dauer mangels gegenteiliger Anhaltspunkte nach der Dauer des Rechtsverhältnisses bemessen ist.

Beim Vorbehaltskauf ergibt sich die Abhängigkeit der dem Vorbehaltskäufer erteilten Weiterveräußerungsermächtigung vom Bestand des Kaufvertrags ohne weiteres aus diesem selbst: der Vorbehaltskäufer soll natürlich dann nicht mehr zur Verfügung über die Vorbehaltssache berechtigt sein, wenn etwa der Vorbehaltsverkäufer zu Recht vom Vertrag zurückgetreten ist.

3. Die Veräußerungsermächtigung bei Gegenständen des verlängerten Eigentumsvorbehalts

Viele der neueren Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Handel enthalten auch für solche Gegenstände, an denen der Vorbehaltsverkäufer im Wege der Verarbeitungsklausel bzw. mit Hilfe eines vorweggenommenen Besitzkonstituts Vorbehalts- bzw. Sicherungseigentum erlangt hat, eine ausdrückliche Weiterveräußerungsermächtigung zugunsten des Vorbehaltskäufers für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb. Auch hier ist darüberhinaus anzunehmen, daß dem Vorbehaltskäufer die Veräußerung des Vorbehalts- bzw. Sicherungsguts mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung stillschweigend gestattet ist, wenn das Arbeitsprodukt erkennbar im Geschäftsbetrieb des Vorbehaltskäufers verwertet werden soll. Die obigen Ausführungen über Bestand, Umfang und Erlöschen der

---

1) So Flume (II § 53 4.) für den Fall einer unwiderruflich erteilten Vollmacht.

2) Unrichtig daher Schlotterbeck (S. 70), der den Vorbehaltsverkäufer hinsichtlich des Widerrufs nur an Treu und Glauben binden will.

3) Das ist anerkannt, obwohl bei § 183 BGB eine dem § 168 S. 1 BGB entsprechende Vorschrift fehlt; vgl. Soergel-Schultze-v. Lasaulx Rdn. 2 zu § 183 BGB; Staudinger-Coing Rdn. 2 zu § 183 BGB.

Weiterveräußerungsermächtigung gelten daher für diese Fälle in gleicher Weise.

Auch ohne Veräußerungsermächtigung kann sich für den Konkursverwalter u. U. ein Recht zur Veräußerung von solchen Gegenständen ergeben, an denen der Vorbehaltsverkäufer Sicherungseigentum erlangt hat. Ist eine nach § 127 II S. 1 KO [1] vom Gericht dem Vorbehaltsverkäufer für seine Befriedigung aus dem betreffenden Gegenstand gesetzte Frist abgelaufen, so ist der Konkursverwalter nach § 127 II S. 2 KO i.V. mit § 127 I S. 1 KO berechtigt, das Sicherungsgut zu verwerten. In diesem Fall ist § 46 KO nicht anwendbar; der Vorbehaltsverkäufer kann indessen seine Rechte auf den Erlös nach § 127 I S. 2 KO geltend machen.

V. DIE GEGENLEISTUNG

§ 46 KO erfordert eine entgeltliche Veräußerung. Dies ergibt sich ohne weiteres daraus, daß die Vorschrift dem Berechtigten den Zugriff auf "die Gegenleistung" dessen eröffnet, der den Aussonderungsgegenstand vom - späteren - Gemeinschuldner bzw. vom Konkursverwalter erworben hat. Daher kann der Vorbehaltsverkäufer bei unentgeltlichen Verfügungen über das Vorbehalts- bzw. Sicherungsgut etwaige Schadensersatzansprüche nur als gewöhnliche Konkursforderungen geltend machen [2]. Daneben kann er allerdings gegen den Erwerber gem. § 816 I S. 2 BGB vorgehen oder, bei Unwirksamkeit der Verfügung [3], von diesem Rückgabe des Gegenstands an den Konkursverwalter entspr. § 986 I S. 2 BGB verlangen und sodann sein Aus- bzw. Absonderungsrecht geltend machen. [4]

---

1) Nach hM ist § 127 KO auf Sicherungseigentum entsprechend anzuwenden; vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 5 zu § 127 KO. Eingehend hierzu neuestens Werner KTS 1969, 215 ff.

2) Bei einer Veräußerung durch den Konkursverwalter besteht auch u. U. ein Anspruch gegen diesen persönlich nach § 82 KO.

3) Unentgeltliche Verfügungen des Konkursverwalters sind regelmäßig unwirksam, da solche als dem Zweck des Konkursverfahrens zuwiderlaufend nicht von seiner Vertretungsmacht gedeckt sind. Näheres dazu vgl. Jaeger-Lent Anm. 25 zu § 6 KO.

4) Vgl. oben S. 25.

1. Der Begriff der Gegenleistung

"Gegenleistung" i.S. des § 46 KO ist dasjenige, was der Erwerber mit Rücksicht auf das der Verfügung zugrundeliegende Rechtsgeschäft als Äquivalent für den Aussonderungsgegenstand zur Konkursmasse schuldig ist bzw. geleistet hat. Auf die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung kommt es dabei nicht an.

Für den Fall des Kaufs bzw. Tauschs ist damit die Gegenleistung eindeutig bestimmbar: sie besteht in der Kaufpreisforderung oder in dem auf diese Forderung (an Erfüllungs statt oder erfüllungshalber) Geleisteten bzw. in dem Tauschobjekt oder in dem Anspruch gegen den Dritten auf dessen Übereignung.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, was im Fall der Verpfändung oder Sicherungsübereignung des betreffenden Gegenstands als Gegenleistung anzusehen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Gegenleistung für § 46 KO in einem Vermögenswert bestehen muß, um den die Konkursmasse auf Kosten des Dritten vermehrt ist und in ihr einen Aktivposten darstellt [1].
Hat der - spätere - Gemeinschuldner oder der Konkursverwalter das Vorbehaltsgut (oder das Sicherungsgut) zur Sicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten verpfändet oder übereignet, so ist § 46 KO unanwendbar. Dies gilt auch dann, wenn der Dritte mit Rücksicht auf die erhaltene Sicherheit für seine Forderung Erfüllungserleichterungen o.ä. gewährt, wie etwa Teilerlaß, Stundung oder sich mit der Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungs statt einverstanden erklärt. Die Hingabe der Sicherung erfolgt hier zwar nicht unentgeltlich [2], eine Gegenleistung i.S. des § 46 KO liegt jedoch nicht vor, da eine Vermehrung der Aktivmasse nicht stattfindet [3].

---

1) Hochmuth S. 39 f. Dies ergibt die Beschränkung der Anwendbarkeit des § 46 KO durch seinen Wortlaut auf die Fälle, in denen die Gegenleistung entweder noch aussteht oder nach Konkurseröffnung zur Konkursmasse gekommen ist. Im letzten Fall muß die Gegenleistung in der Konkursmasse unterscheidbar vorhanden sein (vgl. dazu unten S. 68 ff.) Aus diesem Grund kann § 46 KO keine Anwendung finden, wenn der Vorbehaltskäufer oder der Konkursverwalter das Vorbehalts- oder Sicherungsgut zur Abdekkung einer Verbindlichkeit an einen Kunden abgibt. Hier handelt es sich lediglich um eine für diese Vorschrift belanglose Verminderung der Schuldenmasse.

2) Zum Begriff der Unentgeltlichkeit vgl. Jaeger-Lent Anm. 7 zu § 32 KO.

3) Hochmuth aaO.

In der Rspr. ist z. T. der Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache gem. § 1223 BGB [1] als "Gegenleistung" i. S. des § 46 KO für die Pfandrechtsbestellung angesehen worden [2]. Dem kann nicht zugestimmt werden. Dieser Anspruch ist nicht das Äquivalent für die Pfandrechtsbestellung. Zum anderen ist die Konkursmasse auch nicht, wie für § 46 KO erforderlich, auf Kosten des Sicherungsnehmers um den Rückgabeanspruch vermehrt, da dieser keine Leistung aus dem Vermögen des Pfandgläubigers zum Inhalt hat [3].

Demgegenüber hält Hochmuth [4] § 46 KO dann für anwendbar, wenn der Gegenstand zur Erlangung eines Darlehens verpfändet oder zur Sicherung übereignet worden ist [5]. Er ist der Meinung, der Anspruch auf Auszahlung des Darlehens bzw. der ausbezahlte Darlehensbetrag bilde die Gegenleistung für die Bestellung der Sicherheit z. G. des Darlehensgebers an dem Aus- bzw. Absonderungsgegenstand, weil beide Leistungen im Rahmen eines vertraglichen Austauschverhältnisses liegen. Letzteres trifft zwar zu, genügt indessen nicht den Anforderungen, wie sie sich aus dem oben dargelegten Begriff der Gegenleistung für § 46 KO ergeben. Danach soll der Berechtigte nur auf dasjenige zugreifen können, was als rechtsgeschäftliches Surrogat für den Gegenstand zur Konkursmasse gekommen ist. Entscheidend gegen die Anwendbarkeit des § 46 KO spricht hier somit, daß der Darlehensanspruch bzw. -Betrag nicht das Äquivalent für die Bestellung der Sicherheit an dem betr. Gegenstand darstellt. Als solches kann richtigerweise nur der durch die Sicherung des Darlehensgebers erlangte Vorteil (etwa eine niedrigere Verzinsung) angesehen werden [6]. Ein derartiger Vorteil kann aber dem Berechtigten nicht zu einem Ersatzaussonderungsanspruch verhelfen, weil er keinen Aktivposten in der Konkursmasse bildet. Die Gegenmeinung benachteiligt auch die übrigen Konkursgläubiger in unbilliger Weise, wenn sie der Konkursmasse trotz Bestehenbleiben der Haftung für den Darlehensrückzahlungsanspruch das Darlehen selbst entzieht. Selbst wenn man - aus welchen Gründen auch immer - annehmen wollte, daß der Berechtigte verpflichtet wäre, das Darlehen bei Fälligkeit zurückzuzahlen [7], so bliebe zum Nachteil der Konkursgläubiger gleichwohl das Risiko für den Fall seiner Zahlungsunfähigkeit erhalten.

---

1) Die Vorschrift ist bei Sicherungsübereignungen entspr. anwendbar; vgl. Palandt-Degenhart Anm. 4d zu § 930 BGB.

2) OLG Braunschweig Seuff. Arch. 43 No. 226; RG LZ 1911 Sp. 300 Nr. 33.

3) Im Ergebnis ebenso Jaeger-Lent Anm. 13 zu § 46 KO

4) S. 43

5) So auch Jaeger-Lent Anm. 13 zu § 46 KO

6) Vgl. Medicus § 19 IV 3. (S. 179) für § 816 BGB.

7) Vgl. den entspr. Hinweis Hochmuths aaO.

Es ergibt sich somit, daß dem Vorbehaltsverkäufer bei einer Verpfändung oder Sicherungsübereignung des Vorbehalts- bzw. Sicherungsguts kein Anspruch nach § 46 KO zusteht.

2. Beweislast

Die Frage, was im konkreten Fall als Gegenleistung für das durch die Veräußerung betroffene Recht des Berechtigten anzusehen ist, kann mitunter schwierig zu beantworten sein. So etwa in dem Fall, daß zusammen mit dem Vorbehalts- oder Sicherungsgut auch dem Gemeinschuldner oder anderen Vorbehaltseigentümern gehörige Waren veräußert worden sind; oder dann, wenn der Vorbehaltsverkäufer an dem veräußerten Gegenstand nur Vorbehalts- bzw. Sicherungsmiteigentum in bestimmtem Umfang erworben hat. Den Beweis dafür, daß die Gegenleistung des Erwerbers - teilweise - das Entgelt für das durch die Veräußerung betroffene Aus- bzw. Absonderungsrecht bildet, hat grundsätzlich der nach § 46 KO Anspruchsberechtigte zu erbringen [1]. Hierbei steht dem Berechtigten der Rechtsgedanke des § 471 BGB zur Seite. War etwa in dem zuerst genannten Beispiel ein Gesamtpreis vereinbart worden und ist infolgedessen aus dem Vertrag mit dem Dritten nicht zu ersehen, was gerade für den einzelnen Gegenstand als Äquivalent geschuldet sein soll, so kann der Berechtigte auf denjenigen Teil der Gegenleistung zugreifen, der dem Anteil des Werts seines Gegenstands am Gesamtwert der veräußerten Waren entspricht. [2]

---

1) RG 8, 204; Jaeger-Lent Anm. 18 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 18 zu § 46 KO; Hochmuth S. 57.

2) So der BGH (BGH 30, 176 ff -185-) in einem Fall, in dem sich die Gegenleistung des Dritten für die im Wege des Einbaus veräußerte Vorbehaltsware aus dem Entgelt für das eingebaute Material und dem Werklohn des Bauunternehmers zusammensetzte.

VI. DER SCHUTZ DES VORBEHALTSVERKÄUFERS IM RAHMEN DES § 46 KO HINSICHTLICH DER IM WEGE DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTS ERWORBENEN FORDERUNG

1. Der Verkauf bzw. die entgeltliche Abtretung der Forderung

Da die mittels der Vorausabtretungsklausel erworbene Forderung aus der Weiterveräußerung des Aus- oder Absonderungsgegenstands dem Vorbehaltsverkäufer nur als Ersatzsicherung für das durch die Veräußerung untergegangene Vorbehalts- oder Sicherungseigentum dient, gibt sie ihm im Konkurs des Vorbehaltskäufers nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung [1]. Wie bei Sicherungseigentum ist auch hier der Streit um die Zugehörigkeit der Forderung zur Konkursmasse begrifflich ein Aussonderungsstreit [2]. So in dem relativ häufigen Fall, daß der Konkursverwalter den Übergang der Forderung aus der Weiterveräußerung unter Hinweis auf die seines Erachtens vorliegende Unwirksamkeit der Vorausabtretungsvereinbarung mangels Bestimmbarkeit oder wegen Übersicherung bestreitet. Insoweit handelt es sich auch bei einer sicherungshalber zedierten Forderung um einen aussonderungsfähigen Gegenstand i. S. des § 46 KO [3].

Eine Veräußerung bzw. entgeltliche Abtretung der Forderung durch den Gemeinschuldner bzw. den Konkursverwalter ist normalerweise auch rechtswidrig, da sie von der dem Vorbehaltskäufer regelmäßig erteilten Ermächtigung, die Forderung in eigenem Namen gegen den Dritten geltend zu machen (stille Zession), nicht gedeckt ist [4]. Der Vorbehaltsverkäufer ist nur damit einverstanden, daß der Vorbehaltskäufer die abgetretene Forderung bei Fälligkeit einzieht. Bis zu diesem Zeitpunkt soll sie hingegen seine Forderung aus dem Vorbehaltskauf für den Fall der Insolvenz des Vorbehaltskäufers sichern. Da diese Sicherung bei einem Verkauf der Forderung entfallen würde, kann ein solcher dem Willen des

---

1) Allg. Meinung; vgl. etwa Böhle-Stamschräder Anm. 9 zu § 43 KO.

2) Vgl. oben S. 10.

3) A. M., jedoch ohne Begründung, OLG Frankfurt KTS 1969, 57 ff (58).

4) Die Einziehungsermächtigung braucht nicht notwendig ausdrücklich erteilt zu sein. Sie folgt daraus, daß nach dem den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen eine Aufdeckung der Abtretung gegenüber dem Dritten wegen ihrer u. U. geschäftsschädigenden Folgen für den Vorbehaltskäufer unterbleiben soll, solange dieser seinen Verpflichtungen gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer nachkommt.

Vorbehaltsverkäufers schlechterdings nicht entsprechen [1]. Dies umso mehr, als der Erlös wegen des vom Erwerber zu tragenden Risikos für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners stets hinter dem Betrag der Forderung zurückbleibt und dem Vermögen des Vorbehaltsverkäufers damit kein Äquivalent zufließt, mit dem er die Forderung des Vorbehaltsverkäufers begleichen könnte [2].

Für die übrigen Voraussetzungen des § 46 KO gelten ansonsten keine Besonderheiten. Auch hier kann eine Verpfändung bzw. Sicherungsabtretung der vom verlängerten Eigentumsvorbehalt ergriffenen Forderung dem Vorbehaltsverkäufer nicht Rechte aus § 46 KO verschaffen.

2. Die Einziehung der Forderung

a) Die Einziehung als "Veräußerung" i.S. des § 46 KO

Weitaus häufiger als ein Verkauf bzw. eine entgeltliche Abtretung der im Wege des verlängerten Eigentumsvorbehalts auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangenen Forderung ist der Fall, daß der Konkursverwalter eine solche Forderung in der Meinung einzieht, sie gehöre zum freien Vermögen des Gemeinschuldners [3]. Hier erhebt sich zunächst die Frage, ob die Einziehung einer Forderung überhaupt den Tatbestand des § 46 KO erfüllen kann, weil sie genau genommen vom Begriff der Veräußerung nicht umfaßt wird. Das RG [4] hat die Anwendbarkeit der Vorschrift - gestützt auf die schon seinerzeit hM - unter Hinweis auf die Motive und die ratio bejaht. In der Tat läßt sich ein entsprechender Wille des Gesetzgebers eindeutig den Motiven entnehmen, wenn dort [5] zur Illustrierung der "allgemeinen Geltung" des § 38 der Reichs-

---

1) So der BGH (BGH 32, 357 ff -360-) gegen Flume (NJW 1959, 913 f) in einem Fall, in dem der Vorbehaltskäufer die auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangene Forderung zur Erlangung eines Kredits an eine Bank abgetreten hatte. Vgl. dazu auch Enneccerus-Lehmann § 79 IV 2; Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx Rdn. 35 zu § 185 BGB; Serik II § 25 I 3.

2) Vgl. BGH aaO; im Ergebnis ebenso Schlotterbeck (S. 72).

3) Nur eine Einziehung durch den Konkursverwalter ist im Rahmen des § 46 KO von Bedeutung. § 46 S. 1 KO ist in diesen Fällen überhaupt nicht anwendbar, da ein "Ausstehen" der Gegenleistung undenkbar ist. Bei einer Einziehung durch den - späteren - Gemeinschuldner fehlt es an einer nach Konkurseröffnung zur Konkursmasse gekommenen "Gegenleistung".

4) RG 98, 143 ff (146 f) und ihm folgend RG 141, 89 ff (92).

5) Hahn, Motive, S. 184 Fn. 2.

konkursordnung von 1971 (jetzt § 46 KO) auf Gerichtsentscheidungen zur Preuß KO verwiesen wird, in denen dem Berechtigten bei einer Einziehung der an ihn abgetretenen Forderung durch den Konkursverwalter ein Anspruch auf das vom Schuldner zur Tilgung der Forderung Geleistete gewährt worden war. Auch nach dem Grundgedanken der Vorschrift ist ihrer Anwendbarkeit in diesen Fällen zuzustimmen, da es für den Berechtigten im Ergebnis keinen Unterschied machen kann, ob seine Forderung veräußert, abgetreten oder eingezogen worden ist [1]. Die übrigen Konkursgläubiger werden genau so wenig benachteiligt wie im Normalfall des § 46 KO. War die Forderung selbst vor ihrer Einziehung durch den Konkursverwalter aussonderungsfähig, so kann ihnen auch das zu ihrer Tilgung Geleistete nicht zur Verteilung gebühren. Die Anwendbarkeit des § 46 KO in diesen Fällen ist dementsprechend heute einhellige Meinung [2]. Gleiches muß insoweit für die Einziehung von Forderungen gelten, an denen ein Absonderungsrecht besteht [3].

b) Wann ist eine Einziehung der auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangenen Forderung durch den Konkursverwalter rechtswidrig?

Oben [4] ist dargelegt worden, daß zur Anwendbarkeit des § 46 KO eine rechtswidrige Veräußerung des Aussonderungs- oder Absonderungsgegenstands erforderlich ist. Auch hier können dem Vorbehaltskäufer Rechte aus dieser Vorschrift nur zustehen, wenn die Einziehung der an ihn abgetretenen Forderung durch den Konkursverwalter rechtswidrig erfolgt ist. Wie bereits erwähnt, wird der Vorbehaltskäufer vom Vorbehaltsverkäufer regelmäßig ermächtigt, die Forderung bei Fälligkeit in eigenem Namen gegen den Schuldner geltend zu machen [5]. Mangels ausdrücklicher Festlegung richtet sich - wie bei der Veräußerungsermächtigung - Bestand und Umfang der Einziehungsermächtigung nach ihrem Zweck in Verbindung mit dem Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers. Danach kann jedenfalls nicht angenommen werden, der Vorbehaltsverkäufer habe von vornherein einer Einziehung der Forderung durch den Konkursverwalter zugestimmt. Durch die Abtretung der Forderung aus der Veräußerung des Vorbehalts- bzw. Sicherungsguts soll er ja gerade für den Fall der Insolvenz des Vor-

---

1) RG aaO.

2) Vgl. etwa BGH 23, 307 ff (317); Böhle-Stamschräder Anm. 3 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 9 zu § 46 KO; Hochmuth S. 47.

3) Vgl. oben S. 50.

4) S. 30 f.

5) Vgl. oben S. 50. Nach hM ergibt sich die Zulässigkeit hinsichtlich der Erteilung einer Einziehungsermächtigung aus § 185 BGB; zum Streitstand vgl. Serik II § 25 II m. Nachw.

behaltskäufers gesichert sein. Da ihm mit der Einziehung der Forderung durch den Konkursverwalter diese Sicherung gegen seinen Willen genommen wird, ist sie rechtswidrig [1].

Demgegenüber will das OLG Frankfurt [2] die Nichtberechtigung des Konkursverwalters in diesen Fällen den - nach Meinung des Gerichts auf Sicherungszessionen entsprechend anwendbaren - Vorschriften des BGB über das Pfandrecht an Forderungen entnehmen. Nach § 1282 BGB, so wird ausgeführt, sei der Vorbehaltsverkäufer nach Eintritt der Pfandreife (§ 1228 II BGB), mithin seit Eintritt der Fälligkeit seiner Kaufpreisforderung, allein einziehungsberechtigt. Der Konkursverwalter habe aus diesem Grund kein Recht, die abgetretene Forderung zur Konkursmasse einzuziehen.

Einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über das Pfandrecht für die Frage der Einziehungsbefugnis des Konkursverwalters bei einer Sicherungsabtretung stehen jedoch wegen der insoweit grundsätzlichen Unterscheide zwischen beiden Rechtsinstituten durchgreifende Bedenken entgegen. Das Pfandrecht an einer Forderung gibt dem Pfandgläubiger ein Verwertungsrecht, jedoch nur unter den genau bestimmten Voraussetzungen der §§ 1279 ff BGB, insbesondere gem. § 1280 BGB nur, wenn dem Schuldner die Verpfändung der Forderung vom Gläubiger angezeigt worden ist (Publizitätsprinzip). Bei dieser für eine wirksame Verpfändung notwendigen Offenlegung gibt das Gesetz dem Pfandgläubiger ein eigenes Recht auf Einziehung der Forderung im Fall der Pfandreife gegenüber dem Schuldner, der seinerseits nur noch an den Pfandgläubiger mit befreiender Wirkung leisten kann (§ 1282 I BGB). Die Einziehungsbefugnis folgt also aus dem infolge der Pfandrechtsbestellung bestehenden Verwertungsrecht, wobei die Gläubigerstellung des Verpfänders als solche nicht berührt wird.
Anders bei der Sicherungszession. Hier findet eine Vollrechtsübertragung, also ein Gläubigerwechsel statt, wobei auch die Einziehungsberechtigung notwendig auf den neuen Gläubiger (Vorbehaltsverkäufer) mit übergeht. Wird die Einzie-

---

1) Häufig behält sich der Vorbehaltsverkäufer ausdrücklich ein Recht zum Widerruf der Einziehungsermächtigung und in Verbindung damit ein Recht zur "Aufdeckung" der Abtretung gegenüber dem Schuldner vor. Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Vorbehaltsverkäufer dieses Recht zusteht, gilt im Zweifel dasselbe wie für den Widerruf der Weiterveräußerungsermächtigung (vgl. oben S. 42 f.). Für den Konkursfall ist aus den o.a. Gründen ein ausdrücklicher Widerruf der Einziehungsermächtigung nicht erforderlich. Ist ein solcher gleichwohl erfolgt, so wäre er lediglich als Hinweis auf die bestehende Rechtslage aufzufassen.

2) KTS 1969, 57 ff (58).

hungsberechtigung etwa nach ausdrücklicher Parteiabrede vom Übergang ausgeschlossen um damit zu erreichen, daß der alte Gläubiger (Vorbehaltskäufer) aus dem ihm verbliebenen und damit eigenen Recht einziehungsberechtigt ist, so ist die Abtretung unwirksam. Dies deshalb, weil bei einer Forderung, soll sie ihren gesetzlich fixierten Charakter nicht verlieren, ein Auseinanderfallen von Gläubigerschaft und Einziehungsrecht undenkbar ist [1]. Notwendigerweise muß daher der neue Gläubiger (Vorbehaltsverkäufer) sein Einziehungsrecht dem Abtretenden (Vorbehaltskäufer) zur Ausübung überlassen, d.h. ihn zur Einziehung der Forderung ermächtigen. Daraus folgt aber zwingend, daß für die Frage nach Bestand und Umfang der Einziehungsermächtigung des Abtretenden bei einer Sicherungszession die Vorschriften des BGB über das Pfandrecht an Forderungen nicht, auch nicht entsprechend angewandt werden können. Entscheidend sind insoweit allein die zwischen den Parteien getroffenen Abreden, deren Inhalt mangels konkreter Ausformung dem Zweck der Einziehungsermächtigung in Verbindung mit dem Sicherungsinteresse des Abtretungsempfängers zu entnehmen ist.

Ein Recht zur Einziehung der an den Vorbehaltsverkäufer abgetretenen Forderung kann sich für den Konkursverwalter allerdings unter den besonderen Voraussetzungen des § 127 II KO i.V. mit § 127 I KO ergeben. In diesem Fall hat der Vorbehaltsverkäufer die Möglichkeit, sich wegen seiner Kaufpreisforderung an den eingezogenen Betrag zu halten; § 46 KO ist unanwendbar.

c) Ist die Wirksamkeit der Leistung des Dritten an den Konkursverwalter dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber erforderlich?

Oben [2] ist in Übereinstimmung mit der hM dargelegt worden, daß für die Anwendbarkeit des § 46 KO eine wirksame Verfügung über den Aussonderungsgegenstand dem Berechtigten gegenüber nicht erforderlich ist. Dies hat das RG [3] zu Recht ausdrücklich auch für den Fall angenommen, daß die "Veräußerung" in der Einziehung einer fremden Forderung durch den Konkursverwalter besteht. Unter Hinweis auf die Motive und das Fehlen innerer Gründe für eine gegenteilige Entscheidung hat das Gericht ausgeführt, eine Verletzung des fremden Rechts trete zwar nicht in demselben Umfang ein wie bei einer wirksamen Leistung dem Berechtigten gegenüber; der Rechtsbehelf aus § 46 KO könne aber sehr bedeutsam werden, wenn der Schuldner nach einer Zahlung ohne schuldtilgende Wirkung an den Konkursverwalter zahlungsunfähig geworden sei.

---

1) Vgl. Serik II § 25 IV 1 (S. 328) und die aaO. Fn. 59 gegebenen Nachweise aus der Rspr.

2) S. 19 ff.

3) RG 98, 143 ff (148 f).

Jaeger-Lent, die sich grundsätzlich für eine Anwendbarkeit des § 46 KO bei unwirksamen Verfügungen ausgesprochen haben [1], halten bei der Einziehung einer fremden Forderung durch den Konkursverwalter die Wirksamkeit der Leistung des Schuldners gegenüber dem Berechtigten für erforderlich [2]. Nach ihrer Meinung ist nicht ersichtlich, womit eine "in der Konkurslage neu entstehende Haftung des bis dahin nicht haftenden Vermögens" gerechtfertigt werden könnte. Daran ist soviel richtig, daß die Anwendbarkeit der Vorschrift auch hier der Beschränkung unterworfen ist, die sich aus ihrer anspruchsverstärkenden Funktion ergibt. Von hier aus erscheint die Basis für eine Ersatzberechtigung des Vorbehaltsverkäufers zunächst schmal: ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch erwächst diesem praktisch nur unter den Voraussetzungen der §§ 687 II, 681, 677 BGB. Indessen hat der Vorbehaltsverkäufer die Möglichkeit, durch Genehmigung der Leistung des Schuldners an den Konkursverwalter deren Wirksamkeit herbeizuführen [3]. Erwirbt er damit einen Anspruch nach § 816 II BGB [4], so steht auch einer Geltendmachung der Rechte aus § 46 KO nichts im Wege [5].

Gegen die Anwendbarkeit des § 46 KO ist weiter eingewandt worden, bei der unwirksamen Einziehung einer Forderung durch den Konkursverwalter fehle es an einer Leistung in Form einer Schuldtilgung, für die der eingezogene Betrag als "Gegenleistung" angesehen werden könne [6]. Das Gegenargument des RG [7], die Unerreichbarkeit der Absicht des Schuldners, das Schuldverhältnis gem. § 362 I BGB zum Erlöschen zu bringen, könne der Zahlung nicht das Merkmal der "Gegenleistung" nehmen, will Hochmuth nicht gelten lassen: sei danach der Begriff der Gegenleistung nach den subjektiven Vorstellungen der Beteiligten zu bestimmen, so bedürfe es in jedem Fall einer Untersuchung ihrer Willensrichtung; die Beteiligten müßten bei der Leistung vom Erfolg d. h. von einer Schuldbefreiung ausgehen. Gerade daran fehle es aber nicht selten. Die Leistung befreie den Schuldner dann nicht, wenn er die Nichtberechtigung positiv kenne; hier werde der Schuldner sogar regelmäßig damit rechnen, daß der Erfolg der Schuldbefreiung ausbleibe.

Dem kann nicht beigepflichtet werden. § 46 KO setzt voraus, daß die Parteien alles getan haben, was ihrer Meinung nach für die an dem Aussonderungsgegenstand vereinbarte Rechtsänderung erforderlich ist; gleichgültig, ob der mit der

---

1) Anm. 3 zu § 46 KO
2) Anm. 9 zu § 46 KO
3) § 15 KO kann dem nicht entgegenstehen.
4) Soergel-Siebert-Mühl Rdn. 5 u. 18 zu § 816 BGB m. w. Nachw.
5) Vgl. oben S. 22 f.
6) Hochmuth S. 49 f.; Jaeger-Lent aaO.
7) aaO.

Veräußerung erstrebte Erfolg auch eingetreten ist. Versteht man unter "Veräußerung" i.S. dieser Vorschrift auch die Einziehung einer fremden Forderung, so muß die entsprechende Feststellung genügen, daß der Schuldner an den Konkursverwalter geleistet hat, um die Forderung zum Erlöschen zu bringen, unabhängig davon, ob ihm dies aus irgendwelchen Gründen nicht gelingen konnte. Die nach dem Inhalt des Vertrags vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter zu erbringende "Leistung" ist im Rahmen des § 46 KO nur für die Feststellung von Bedeutung, was im Einzelfall als "Gegenleistung" (Äquivalent) anzusehen ist: der Berechtigte soll nur auf dasjenige zugreifen dürfen, was von dem Dritten mit dem Willen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aus dem Veräußerungsvertrag zur Konkursmasse gekommen ist. Insoweit ist der Begriff der Gegenleistung stets nach den "subjektiven Vorstellungen" zu bestimmen, nicht nur, wie Hochmuth meint, im Fall der Einziehung einer Forderung. Die Feststellung einer entsprechenden Willensrichtung dürfte auch in der Praxis keinen Schwierigkeiten begegnen. Ist ein anderer Rechtsgrund (etwa Schenkung) nicht ersichtlich, so kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Schuldner mit seiner Zahlung an den Konkursverwalter seine Verbindlichkeit erfüllen wollte, selbst wenn er von der Abtretung Kenntnis hatte. Der vom OLG Frankfurt [1] entschiedene Fall veranschaulicht dies: hier hatte der Vorbehaltsverkäufer dem Vertragspartner des Gemeinschuldners von der im Wege der Vorausabtretung auf ihn übergegangenen Forderung Kenntnis gegeben und Zahlung an sich verlangt. Der Konkursverwalter seinerseits bestand aber auf Zahlung an die Konkursmasse, weil er die Abtretung für unwirksam hielt. Der Schuldner zahlte an den Konkursverwalter. Sicher ist, daß er durch seine Zahlung dem Vorbehaltsverkäufer gegenüber nicht befreit worden ist, weil er von der Abtretung positiv Kenntnis hatte (§ 407 I BGB), auch wenn er den Argumenten des Konkursverwalters Glauben schenkte. Ebenso sicher ist aber, daß er mit seiner Zahlung seine Verbindlichkeit aus dem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Kaufvertrag begleichen wollte; anders ließe sich seine Leistung nicht erklären.

---

1) KTS 1969, 57 ff.

ZWEITER TEIL
DIE RECHTE DES VORBEHALTSVERKÄUFERS NACH § 46 KO

I. INHALT UND UMFANG DES ANSPRUCHS NACH § 46 S. 1 KO

1. Das Ausstehen der Gegenleistung

Die Anwendbarkeit des § 46 S. 1 KO, nach dem der Berechtigte vom Konkursverwalter Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung verlangen kann, erfordert, daß dieselbe noch aussteht. Wann das der Fall ist, richtet sich nach den allgemeinen, außerhalb des Konkursrechts geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts. Danach steht die Gegenleistung nicht mehr aus, wenn der von dem Dritten mit der Erfüllung bezweckte Leistungserfolg eingetreten ist [1]. Dabei ist es gleichgültig, ob dieser Umstand auf einer regelrechten Erfüllung (§ 362 BGB), der Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 I BGB) oder anderen, gleichwertigen Erfüllungssurrogaten wie Aufrechnung (§§ 387 ff BGB) bzw. Erlaß (§ 397 BGB) beruht [2]. Dagegen steht die Gegenleistung noch aus, wenn die Leistung des Dritten erfüllungshalber erfolgt ist (§ 364 II BGB). Gerade dies wird im Geschäftsleben häufig der Fall sein. So etwa, wenn Schecks oder Wechsel für die Kaufpreissumme übergeben werden. Die Leistung des Dritten ist hier erst erbracht, wenn der Scheck eingelöst oder der Wechsel bei Fälligkeit vom Schuldner bezahlt worden ist. Durch diese Zahlung erlischt gleichzeitig die der Hingabe der Wertpapiere zugrundeliegende Forderungkraft Parteivereinbarung [3]. Der Leistungserfolg ist auch dann eingetreten, wenn der Schuldner die Forderung mittels Überweisung auf ein Konto des - späteren - Gemeinschuldners bzw. ein Konto der Konkursmasse beglichen hat [4]. Zwar besteht infolge der Überweisung ein entsprechender Anspruch des

---

1) Da der Wortlaut des § 46 S. 1 KO auf das objektive Ausstehen der Gegenleistung abstellt, ist die im Rahmen des § 17 KO vieldiskutierte Streitfrage, ob für die Erfüllung auf die Leistungshandlung oder den Leistungserfolg abzustellen ist, ohne Bedeutung.

2) Jaeger-Lent Anm. 15 zu § 46 KO.

3) Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt Rdn. 6 zu § 362 BGB.

4) Zwar liegt in diesem Fall eine Leistung an Erfüllungs statt vor, die der Gläubiger grundsätzlich annehmen muß; die Annahme ist hier jedoch regelmäßig schon zuvor dadurch erklärt, daß etwa die Bankverbindung in den Geschäftspapieren genannt wird; (vgl. Soergel-Siebert-Reimer-Schmidt Rdn. 4 zu § 362 BGB). Die Erfüllung tritt mit der Gutschrift auf dem Bankkonto ein (RG 134, 176; BGH 6, 121).

Kontoinhabers gegen die Bank; dieser kann aber entgegen den Erwägungen Raisers [1] nicht als "die Gegenleistung" i.S. des § 46 KO angesehen werden, weil er seine Grundlage in dem Kontovertrag und nicht im Verhältnis zu dem Schuldner hat. Mit der Buchung des Überweisungsbetrags auf dem Konto erlischt die Forderung auf die Gegenleistung [2]; § 46 S. 1 KO ist daher unanwendbar.

2. Der Inhalt des Anspruchs nach § 46 S. 1 KO

Aus der Formulierung, der Berechtigte könne "Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen", ergibt sich eindeutig, daß die Vorschrift keine sog. cessio legis enthält. Sie gewährt vielmehr lediglich einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Erwerber des Aus- bzw. Absonderungsgegenstands, den der Konkursverwalter zu erfüllen hat und der diesem gegenüber erzwingbar ist (§ 894 ZPO). Der Berechtigte erwirbt den Anspruch so, wie er zum Zeitpunkt der Abtretung besteht, also mit allen Einwendungen bzw. Einreden, die seitens des Schuldners dem Erfüllungsverlangen entgegengesetzt werden können (§ 404 BGB).

Problematisch sind allerdings diejenigen Fälle, in denen der Konkursverwalter durch § 46 S. 1 KO gezwungen wird, die Forderung gegen den Dritten trotz des mit diesem vereinbarten Abtretungsverbots auf den Berechtigten zu übertragen [3]. Für die Lösung bietet sich eine Gesetzesanalogie zu § 851 II ZPO an. Diese Vorschrift durchbricht für die Einzelzwangsvollstreckung den Grundsatz des § 851 I ZPO, wonach eine Forderung nur insoweit der Pfändung unterliegt, als sie übertragbar ist: "Eine nach § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht übertragbare Forderung kann insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist." Hierdurch soll vermieden werden, daß der Schuldner durch vertraglichen Ausschluß der Übertragbarkeit seine Forderungen dem Zugriff der Gläubiger entzieht [4]. Dieser der Vorschrift des § 851 II ZPO zugrundeliegende Gedanke des Gesetzgebers, wonach den Gläubigern möglichst der Zugriff auf das gesamte Schuldnervermögen offenstehen soll, muß auch in der Gesamtzwangsvollstreckung, im Rahmen des Konkursverfahrens Berücksichtigung finden. Dem kann nicht entgegengehalten

---

1) VersR 1954, 201 ff (204); vgl. dazu auch Mentzel-Kuhn Anm. 14 zu § 46 KO.

2) BGH NJW 1957, 750 ff (752).

3) Das Problem ist bisher nicht behandelt worden, obwohl in der Rspr. mehrfach Anlaß bestanden hätte, darauf einzugehen (vgl. etwa BGH 27, 308).

4) Schönke-Baur § 23 I 1d unter Hinweis auf RG JW 1901, 653.

werden, die Gesamtheit der übrigen Konkursgläubiger werde dadurch ungerechtfertigt benachteiligt. Das Gesetz selbst hat den ehemals Aus- bzw. Absonderungsberechtigten in § 46 KO mit einem Vorrecht ausgestattet, das ihn instand setzen soll, vor den anderen Konkursgläubigern auf dasjenige zuzugreifen, was als Gegenleistung für den veräußerten Gegenstand in die Konkursmasse gekommen ist. Die im Wege der Analogie zu § 851 II ZPO auch für das Konkursverfahren anzunehmende Unbeachtlichkeit eines nach § 399 BGB vereinbarten Abtretungsverbots dient somit der Verwirklichung des Ziels, das der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 46 S. 1 KO verfolgt.

3. Der Umfang des Anspruchs nach § 46 S. 1 KO

Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift umfaßt der Anspruch nach § 46 S. 1 KO ohne Einschränkung alles dasjenige, was der Dritte nach dem der Veräußerung des Aus- bzw. Absonderungsgegenstands zugrundeliegenden Vertrag zur Konkursmasse zu leisten hat. Gleichwohl hat das OLG Stettin [1] die Meinung vertreten, eine solche "wörtliche Auslegung" könne unmöglich richtig sein. Sie führe zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß der Konkursmasse auch die Werte entzogen würden, die nicht dem Vermögen des Aussonderungsberechtigten entstammten, sondern durch die eigenste Tätigkeit des Gemeinschuldners (bzw. des Konkursverwalters) geschaffen worden seien. Das sei, wie der Zusammenhang der Bestimmungen über die Aussonderung erkennen lasse, nicht die Absicht des Gesetzes. Habe der Berechtigte die Sache zu einem niedrigeren Preis dem nachmaligen Gemeinschuldner verkauft als dieser sie später weiterverkauft habe, so könne die Aussonderungsforderung niemals höher sein als seine Kaufpreisforderung an den nachmaligen Gemeinschuldner.

Rspr. und Lehre sind dieser Ansicht zu Recht nicht gefolgt [2]. Es kann zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber mit der vorbehaltlosen Fassung des § 46 KO den Zweck verfolgte, dem Berechtigten den gesamten Erlös aus der Veräußerung zukommen zu lassen. Ausweislich der Motive [3] wurde es als unbillig empfunden, "wollte man gestatten, daß der Verwalter den Erlös für eine Sache, die dem Gemeinschuldner nicht gehörte und die er unrechtmäßig veräußert hatte, zur Konkursmasse und zur Verteilung unter alle Gläubiger einzöge".

---

1) SeuffA 68 Nr. 163 I (S. 296).

2) Vgl. etwa RG 115, 262 ff (265); Jaeger-Lent Anm. 16 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 8 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 17 zu § 46 KO; Hochmuth S. 56

3) Hahn, Motive, S. 183

Ferner trägt die hM im Rahmen des § 816 I BGB keine Bedenken, dem Nichtberechtigten auch den auf seiner Tüchtigkeit beruhenden Gewinn zu entziehen [1]. Bei einer wirksamen Veräußerung ist es daher folgerichtig, wenn das Gesetz den Berechtigten im Rahmen des § 46 KO hinsichtlich des gesamten Erlöses aus der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands bevorzugt.
Bei einer unwirksamen Veräußerung erreicht zwar ein dem § 46 KO zugrundeliegender bürgerlich-rechtlicher Anspruch auf Schadensersatz oder aus Geschäftsführung ohne Auftrag regelmäßig nicht die Höhe der Gegenleistung; das hat der Gesetzgeber aber nicht verkannt: "Der Berechtigte soll aber nicht lediglich auf die meist schwierige und zeitraubende Ermittlung des Schadens angewiesen, er soll ... nicht schlechter, sondern besser gestellt werden. ... Der Entwurf sichert jenem daher die zur Konkursmasse eingezogene Gegenleistung..." [2]. Die gleiche Rechtsfolge wie im Fall einer wirksamen Verfügung über den Aussonderungsgegenstand ist hier deshalb gerechtfertigt, weil der Berechtigte nach richtiger Ansicht verpflichtet ist, die unwirksame Verfügung Zug um Zug gegen die Herausgabe des Erlöses bzw. Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung zu genehmigen [3].

Zu den mit der Hauptforderung nach § 46 S. 1 KO an den Berechtigten auch abzutretenden Nebenrechten zählen insbesondere die Rechte aus den von dem Forderungsschuldner erfüllungshalber begebenen Schecks oder Wechsel. Solange sich diese Papiere noch in der Konkursmasse befinden, kann der Berechtigte ihre Übertragung verlangen [4]. Ist der Scheck zum Einzug der Bank gegeben bzw. der Wechsel an die Bank verkauft worden (Diskontierung), so ergibt sich folgendes: die Gutschrift des Scheckgegenwerts bzw. des Wechselgegenwerts (nach Abzug der sog. Diskontspesen) erfolgt üblicherweise nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Eingang vorbehalten". D.h., die Bank behält sich das Recht vor, den Scheck- bzw. Wechselgegenwert zuzüglich der entstandenen Kosten (Art. 46 ScheckG bzw. Art. 48 WG) im Wege des Rückgriffs (Art. 45 ScheckG bzw. Art. 43 WG) wieder vom Konto abzubuchen, falls der Scheck nicht eingelöst bzw. der Wechsel am Verfalltag vom Bezogenen nicht bezahlt wird. Das bedeutet aber, daß mit der Gutschrift des Scheck- bzw. Wechselgegenwerts auf dem Konto die

---

1) Vgl. Palandt-Thomas Anm. 4 c zu § 816 BGB m.w. Nachw.

2) Hahn, Motive S. 183.

3) Vgl. oben S. 21.

4) Jaeger-Lent Anm. 15 zu § 46 unter Hinweis auf OLG Hamburg Seuff A 50 Nr. 71.
Die Übertragung geschieht beim Überbringerscheck (Art. 5 II ScheckG) durch einfache Übergabe; beim Orderscheck (Art. 5 I ScheckG) und beim Wechsel (Art. 1 Ziff. 6 WG) durch Indossament (Art. 14 I ScheckG; Art. 11 I i.V. Art. 15 I WG) und Übergabe der Urkunde.

dem Scheck bzw. Wechsel zugrundeliegende Forderung noch nicht getilgt ist, die Gegenleistung i.S. des § 46 S. 1 KO daher noch aussteht. Da nun der Anspruch des Berechtigten auf Abtretung der Rechte aus dem Scheck bzw. Wechsel Teil seines Ersatzaussonderungsrechts ist und die Vereitelung von Ersatzaussonderungsansprüchen infolge Verwertung ihres Gegenstands wiederum neue Ersatzaussonderungsansprüche nach sich zieht [1], kann der Berechtigte mit Hilfe und unter den Voraussetzungen des § 46 S. 2 KO auf den "Eingang vorbehalten" dem Konto gutgebrachten Scheck- bzw. Wechselgegenwert zugreifen. Fällt der Vorbehalt infolge Einlösung des Schecks bzw. Wechsels später weg, und steht damit die Gegenleistung aus der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands nicht mehr aus, so kann er den Gegenwert behalten, da dieser nunmehr die Gegenleistung darstellt. Nimmt die Bank aber Rückgriff, so ist der Berechtigte verpflichtet, den Gegenwert wieder der Konkursmasse zuzuführen, da der Befriedigungsversuch aus dem erfüllungshalber begebenen Wertpapier gescheitert ist. Er behält den (wohl wertlosen) Anspruch auf die Gegenleistung gegen den Erwerber des Aussonderungsgegenstands.

II. DER UMFANG DES ERSATZAUSSONDERUNGSANSPRUCHS BEIM EIGENTUMSVORBEHALT

1. Beim einfachen Eigentumsvorbehalt

Nach nahezu einhelliger Meinung [2] kann der Vorbehaltsverkäufer bei einer rechtswidrigen Veräußerung des Vorbehaltsguts durch den Gemeinschuldner bzw. den Konkursverwalter die volle Gegenleistung verlangen. Dies unabhängig davon, ob bzw. in welcher Höhe Zahlungen seitens des Vorbehaltskäufers an ihn geleistet worden sind. Die lapidare Begründung dafür lautet, eine irgendwie geartete Beschränkung auf einen Teil der Gegenleistung sei mit dem Wortlaut des § 46 KO unvereinbar.

Dieser Auffassung ist Serik [3] entgegengetreten. Er ist der Ansicht, die hM werde dem Zusammenhang zwischen §§ 17, 43 u. 46 KO nicht gerecht und führt (für den Fall der Veräußerung der Vorbehaltsware durch den Gemeinschuldner vor

1) Einhellige Meinung; vgl. etwa Jaeger-Lent Anm. 4a u. 19 zu § 46 KO.
2) Vgl. etwa RG 115, 262 ff (265); Jaeger-Lent Anm. 16 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 17 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 8 zu § 46 KO; Hochmuth S. 56
3) I § 13 II 4 (S. 348).

Konkurseröffnung) aus: "§ 43 KO setzt einen Gegenstand voraus, dessen Aussonderung hätte beansprucht werden können, wenn der spätere Gemeinschuldner nicht über ihn verfügt hätte. Der Vorbehaltseigentümer hätte aber in einem gedachten Konkurs im Zeitpunkt der Verfügung keineswegs die Vorbehaltsware schlechthin aussondern dürfen. Der Aussonderungsanspruch wäre nicht begründet gewesen, wenn der Konkursverwalter Erfüllung gewählt hätte (§ 17 KO); einer Aussonderung der Vorbehaltssache hätte das Recht zum Besitz aus dem Kaufvertrag entgegengestanden. Der Konkursverwalter hätte also das Aussonderungsrecht mit einem gesetzlichen Mittel, der Erfüllungswahl, vereiteln können. Dann hätte der Verkäufer lediglich einen Anspruch auf Bezahlung des vollen Kaufpreises gehabt; ..... Der Eigentumsvorbehalt hat nach allem nicht primär die Funktion, zu gewährleisten, daß die Vorbehaltssache im Vermögen des Verkäufers bleibt... Hat der Vorbehaltskäufer die Vorbehaltssache unberechtigt weiterveräußert, so kann der Vorbehaltsverkäufer Ersatzaussonderung nur in Höhe der Werte beanspruchen, die gewährleisten, daß er seinen Kaufpreis in voller Höhe erhält." [1]

Dieses Ergebnis wird indessen von der gegebenen Begründung nicht getragen. Wenn § 46 KO verlangt, daß die Aussonderung des veräußerten Gegenstands "aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können", so wird damit entgegen der Annahme Seriks keineswegs gefordert, daß der der Aussonderung zugrundeliegende Herausgabeanspruch zum Zeitpunkt der Verfügung hätte durchgesetzt werden können. "Aussonderung" i.S. dieser Vorschrift ist, wie oben dargelegt [2], begrifflich Geltendmachung der Nichtzugehörigkeit zur Konkursmasse, nicht mehr und nicht weniger. Die insoweit von der hM (und auch Serik) bejahte Aussonderungsfähigkeit einer Vorbehaltssache im Konkurs des Vorbehaltskäufers ist aber unabhängig von einem etwaigen Besitzrecht des Vorbehaltskäufers, auch unabhängig von einer Wahl des Konkursverwalters nach § 17 KO, weil diese das Vorbehaltseigentum unangetastet läßt. Daher ist die zitierte Feststellung Seriks, der Konkursverwalter könne das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers mit dem gesetzlichen Mittel der Erfüllungswahl vereiteln, nicht zutreffend. [3]

Weiter ist unrichtig, wenn Serik ausführt, der Vorbehaltsverkäufer habe nach der Erfüllungswahl durch den Konkursverwalter "lediglich" einen Anspruch auf Bezahlung seiner Kaufpreisforderung. Darüber hinaus hat er eben auch noch das

---

1) Im Ergebnis ebenso Baur (Fälle S. 75), jedoch ohne Begründung.

2) S. 6 f.

3) Die Argumentation Seriks ist Folge eines für § 46 KO verfehlten Aussonderungsbegriffs. Vgl. die oben (S. 30 insbes. Fn. 1) gegen Baur gerichteten Ausführungen.

Vorbehaltseigentum an der Kaufsache, das seinen Kaufpreis weiterhin etwa für den Fall sichert, daß die Konkursmasse zu dessen Begleichung gem. § 59 Nr. 2 KO nicht ausreicht. Insoweit ist nicht einzusehen, warum bei einer rechtswidrigen Veräußerung des Vorbehaltsguts nicht die volle Gegenleistung an die Stelle der Sache treten soll. Die Meinung Seriks verwischt im Rahmen des § 46 KO zu Unrecht den Unterschied zwischen Aus- und Absonderungsberechtigung. Gibt man dem Vorbehaltsverkäufer im Konkurs des Vorbehaltskäufers hinsichtlich der Kaufsache ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO, so ist es inkonsequent, seinen Ersatzaussonderungsanspruch auf die Höhe der Kaufpreisforderung zu beschränken. Letzteres ist nur dann gerechtfertigt, wenn dem Berechtigten auch an dem veräußerten Gegenstand nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung für seine Forderung zustand [1].

Gleichwohl kann auch der hM nur für den Fall gefolgt werden, daß der Vorbehaltskäufer noch keine Zahlungen an den Vorbehaltsverkäufer geleistet hat. Sind aber solche bereits erfolgt, so erscheint es befremdlich, dem Vorbehaltsverkäufer das uneingeschränkte Recht auf die Gegenleistung zu geben. Dabei bliebe nämlich unberücksichtigt, daß das vermögenswerte Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers an der Kaufsache als solches vor der Veräußerung Bestandteil der (gedachten) Konkursmasse war und dessen Gegenwert somit den Konkursgläubigern zur Verteilung gebührt.
Einer Aufspaltung der vermögensrechtlichen Zuordnung des Werts der Vorbehaltssache zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer wird auch im Schadens- und Bereicherungsrecht des BGB Rechnung getragen: hat etwa ein Dritter die Vorbehaltssache rechtswidrig und schuldhaft beschädigt oder zerstört, so ist man sich im Ergebnis weitgehend darüber einig, daß weder dem Vorbehaltsverkäufer als Vorbehaltseigentümer, noch dem Vorbehaltskäufer als Anwartschaftsberechtigtem der Schadensersatzanspruch nach § 823 BGB allein zustehen kann. Konkret werden allerdings zur Frage der Anspruchsberechtigung bzw. der Schadensberechnung auf beiden Seiten alle nur denkbaren Lösungen vertreten [2]. Eine neuere, in der Lit. stark im Vordringen begriffene Meinung nimmt eine gemeinschaftliche Forderungsberechtigung von Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer dergestalt an, daß der Schädiger auf Forderung eines von ihnen an beide gemeinschaftlich zu leisten hat. Die dafür gegebenen Begründungen sind allerdings nicht einheitlich. Baur [3] befürwortet eine entsprechende Anwendung des § 432 BGB; Palandt-Degenhart [4] wollen dasselbe Ergebnis durch eine Gesetzes-

1) Vgl. dazu unten S. 67 ff.
2) Vgl. die Übersicht bei Serik I § 11 3b (S. 277 f.)
3) SR § 59 V 5a und ihm folgend Serik aaO.
4) Anm. 6 B zu § 929 BGB

analogie zu § 432 BGB oder § 1281 BGB, Raiser [1] durch eine Rechtsanalogie zu den §§ 432, 1281 BGB, v. Caemmerer [2] durch eine Rechtsanalogie zu den §§ 432, 747 S. 2 BGB erreichen [3]. Dieselbe Lösung wird von Raiser und Serik auch im Rahmen des § 816 I BGB vertreten, wenn ein nichtberechtigter Dritter das Vorbehaltsgut wirksam veräußert hat [4]. Die nach § 432 erforderliche Unteilbarkeit der Leistung, so wird gesagt, entspreche der Ungewißheit des Schädigers über den zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer im Innenverhältnis vorzunehmenden Schadensausgleich [5] [6].

Im Rahmen des § 46 KO entfällt dieser Gesichtspunkt. Einer realen Aufteilung des Anspruchs auf die Gegenleistung bzw. dieser selbst steht nichts im Wege, weil der Ersatzaussonderungsanspruch vom Konkursverwalter zu erfüllen ist, für den eine Ungewißheit über den auf den Vorbehaltsverkäufer bzw. die Konkursmasse entfallenden Anteil nicht besteht. Für die Höhe der beiden Anteile sind ausschließlich die Beziehungen zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer maßgebend. Nur nach ihnen kann sich richten, welchen Teil der Gegenleistung die eine Seite gegenüber der anderen für sich in Anspruch nehmen kann. Geht man davon aus, daß der Wert des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers sich nach der Höhe der von ihm an den Vorbehaltsverkäufer erbrachten Zahlungen richtet [7], so liegt es nahe, die Anteile an dem Anspruch auf die Gegenleistung dem Verhältnis der geleisteten Kaufpreiszahlungen zum Gesamtkaufpreis zu entnehmen. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden:

---

1) S. 82 f.

2) Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Juristentags Bd. II (1960) S. 49, 82 Fn. 130.

3) Vgl. auch Flume I § 42 4e und AcP 161 (1962), 385 ff (399).

4) Raiser S. 83 f.; Serik aaO. Fn. 152.

5) Serik aaO.

6) Baur bezeichnet als "systementsprechend" eine - mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu realisierende - Lösung, die dem Vorbehaltskäufer den Schadensersatzanspruch voll zugesteht und dem Vorbehaltsverkäufer an ihr ein Pfandrecht zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung einräumt.

7) Vgl. oben S. 5 Fn. 3

Kaufpreis für die Vorbehaltssache	2.000,- DM
Anzahlung des Vorbehaltskäufers	500,- DM
"Gegenleistung" aus der Weiterveräußerung des Vorbehaltsguts	3.200,- DM
demnach: "Substanzwert" des Anwartschaftsrechts	= 1/4
folglich: Anteil an der Gegenleistung, der anstelle des Anwartschaftsrechts zur Konkursmasse gehört 1/4 von 3.200,- DM =	800,- DM
und Ersatzaussonderungsanspruch des Vorbehaltsverkäufers	2.400,- DM [1]

Dieses Ergebnis wird im Rahmen des § 46 KO auch noch von einer anderen Erwägung getragen: nach allgemeiner Meinung kann der Vorbehaltskäufer das Anwartschaftsrecht entsprechend den Vorschriften für die Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen (§§ 929 ff BGB) ohne oder sogar gegen den Willen des Vorbehaltsverkäufers veräußern, da er insoweit Berechtigter ist [2]. Aufgrund dieser Rechtsmacht ist die Annahme gerechtfertigt, der Erwerber erlange bei einer unwirksamen Vollrechtsübertragung jedenfalls das dem Veräußerer zustehende Anwartschaftsrecht [3]. Das gilt selbst für den Fall, daß der Erwerber von dem Veräußerer über die Eigentumsverhältnisse getäuscht worden ist [4] und auch dann, wenn der Erwerber positiv wußte, daß an der Kaufsache noch Vorbehaltseigentum bestand [5]. Wird also das Vorbehaltsgut vom - späteren - Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter mangels oder unter Überschreitung einer Weiterveräußerungsbefugnis rechtswidrig an einen Dritten veräußert, so erwirbt dieser in jedem Fall das Anwartschaftsrecht. Letztlich steckt sonach in jeder rechtswidrigen, auf Vollrechtsübertragung gerichteten Veräußerung der Vorbehaltssache eine teilweise, nämlich hinsichtlich des Anwartschaftsrechts rechtmäßige Veräußerung. Da, wie oben dargelegt [6], § 46 KO nur bei rechtswidri-

---

1) Entsprechend dem Grundsatz, wonach der Ersatzaussonderungsanspruch die volle Gegenleistung ergreift (vgl. oben S. 58 ff) wird hierbei auch der Gewinn aus der Weiterveräußerung verhältnismäßig geteilt.

2) Serik I § 11 III 1 mit w. Nachw. in Fn. 65 bzw. 67.

3) Nachw. oben S. 25 Fn. 2

4) BGH WM 1959, 813 ff (816).

5) OLG Hamm JW 1931, 550

6) S. 25 ff.

gen Veräußerungen anwendbar ist, kann der Ersatzaussonderungsanspruch jedenfalls im Ergebnis dasjenige nicht ergreifen, was als Gegenwert für das zu Recht veräußerte Anwartschaftsrecht zur Konkursmasse gekommen ist.

Die hier vertretene Meinung berücksichtigt entgegen der herrschenden Auffassung auch allein die Interessen der Konkursgläubiger in angemessener Weise. Würde dem Vorbehaltsverkäufer ein Anspruch auf die volle Gegenleistung gegeben, so würde der Konkursmasse zum Nachteil der Konkursgläubiger der Wert des Anwartschaftsrechts ungerechtfertigt entzogen. Auf der anderen Seite liegt kein Grund vor, den mit § 46 KO bezweckten Schutz des Eigentums im Konkurs zugunsten des Vorbehaltsverkäufers weiter auszudehnen, als dies dessen "Substanzanteil" am Vorbehaltsgut entspricht. An der geteilten Zuordnung des Werts der Vorbehaltssache kann im Konkurs nicht vorbeigegangen werden.

2. Der Umfang des Ersatzaussonderungsanspruchs beim verlängerten Eigentumsvorbehalt in Form der Verarbeitungsklausel

Da der Vorbehaltsverkäufer auch bei dieser Form des Eigentumsvorbehalts regelrechtes Vorbehaltseigentum an dem vom Vorbehaltskäufer hergestellten Gegenstand erwirbt [1], gelten bei einer Veräußerung desselben im Rahmen des § 46 KO die vorstehenden Ausführungen entsprechend. Hat der Vorbehaltsverkäufer nur Teilvorbehaltseigentum an der neuen Sache erworben [2], so ist zur Ermittlung der Höhe des Ersatzaussonderungsanspruchs auf diesem Wege im Zweifel zunächst der Eigentumsanteil des Vorbehaltsverkäufers mit Hilfe des Rechtsgedankens aus § 471 BGB zu bestimmen.

---

1) Vgl. oben S. 8 f.

2) etwa deshalb, weil der Vorbehaltskäufer bei der Herstellung auch von anderer Seite unter verlängertem Eigentumsvorbehalt geliefertes Material verarbeitet hat.

III. DER ANSPRUCH NACH § 46 S. 1 KO BEI DER VERÄUSSERUNG EINES IM WEGE DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTS DEM VORBEHALTSVERKÄUFER ZUR SICHERUNG ÜBEREIGNETEN GEGENSTANDS

Wie oben [1] im Einklang mit der hM ausgeführt worden ist, treffen die Voraussetzungen des § 46 KO auch dann zu, wenn die Veräußerung eines Gegenstands in Frage steht, der, vom Vorbehaltskäufer unter Verwendung der Vorbehaltsware hergestellt, dem Vorbehaltsverkäufer mittels vorweggenommenen Besitzkonstitus zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung übereignet worden war.
Nun kann allerdings in diesen Fällen die Rechtsfolge nicht dem § 46 KO entnommen werden. Dies würde dem grundsätzlichen Unterschied in der Behandlung von Aus- und Absonderungsrechten im Konkurs widersprechen. Dem ehemals Aussonderungsberechtigten gibt § 46 KO nur deshalb einen Anspruch auf die Gegenleistung, weil der veräußerte Gegenstand, an dessen Stelle sie getreten ist, selbst nicht zur Konkursmasse gehörte. Hat demgegenüber der Vorbehaltsverkäufer nur ein Recht, sich wegen seiner Kaufpreisforderung aus dem zur Sollmasse gehörenden Gegenstand [2] zu befriedigen, so kann ihm auch die Gegenleistung nur zur abgesonderten Befriedigung zustehen. Dieses durch § 46 KO gewährte Recht wird daher zutreffend als "Ersatzabsonderungsrecht" bezeichnet [3].

Ein Anhaltspunkt für diese Rechtsfolge findet sich i.ü. im Gesetz selbst, nämlich in § 127 KO. Wie erwähnt, ist nach überwiegender Meinung das Sicherungseigentum dem § 127 II KO einzuordnen [4], wobei sich das Recht des Sicherungsnehmers zur Verwertung des Sicherungsgegenstands mangels konkreter vertraglicher Vereinbarung aus dem Zweck der Sicherungsübereignung ergibt [5]. Zur Verwirklichung seines Absonderungsrechts kann der Berechtigte danach gegebenenfalls vom Konkursverwalter Herausgabe des Sicherungsguts verlangen. Hat der Konkursverwalter dem Absonderungsberechtigten durch das Konkursgericht zur Verwertung der Sache eine Frist setzen lassen und ist diese ungenützt verstrichen, so geht das Verwertungsrecht auf den Konkursverwalter über (§§ 127 II S. 2 i.V. mit § 127 I S. 1 KO. In der Folge kann der Absonderungsberechtigte seine Rechte nur noch an dem vom Konkursverwalter bei der Verwertung der Sache erzielten Erlös geltend machen (§ 127 I S. 1 KO). Da sich somit nach dieser Regelung das ursprüngliche Absonderungsrecht am Erlös fortsetzt, liegt darin ein gesetzlich geregelter Fall der Ersatzabsonderung bei einer unter den beschriebenen Voraus-

---

1) S. 10 ff.
2) Vgl. den Wortlaut des § 48 KO.
3) Vgl. BGH 47, 181 ff (182); Schönke-Baur § 61 I 3; Hochmuth S. 96.
4) Vgl. S. 46 Fn. 1.
5) Mentzel-Kuhn Anm. 2 u. 11 zu § 127 KO

setzungen [1] rechtmäßigen Veräußerung des Sicherungsguts durch den Konkursverwalter [2].

Entsprechend § 46 S. 1 KO geht der Ersatzabsonderungsanspruch des Vorbehaltsverkäufers bei einer rechtswidrigen Veräußerung des ihm vom Vorbehaltskäufer mittels vorweggenommenen Besitzkonstituts zur Sicherung übereigneten Herstellungsprodukts auf Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung wegen des fälligen (§ 65 KO) Kaufpreisanspruchs aus dem Vorbehaltskauf. Nach unter Anzeige an den Schuldner (entspr. § 1280 BGB) erfolgter Abtretung der Forderung durch den Konkursverwalter kann der Vorbehaltsverkäufer diese einziehen; der den (Rest)Kaufpreis übersteigende Betrag ist an die Konkursmasse abzuführen.

IV. DER ANSPRUCH NACH § 46 S. 2 KO

1. Das Erfordernis der Unterscheidbarkeit

Der Anspruch aus § 46 S. 2 KO setzt voraus, daß die Gegenleistung nach Eröffnung des Konkursverfahrens vom Konkursverwalter zur Masse eingezogen worden und in ihr noch "unterscheidbar" d.h. aussonderungsfähig vorhanden ist [3]. Letzteres ist eine unausweichliche Konsequenz der konkursrechtlichen Natur des Ersatzaussonderungsanspruchs.

---

1) Liegen diese nicht vor, so kann der Sicherungsgeber der Verwertung des Sicherungsguts durch den Konkursverwalter mittels einer Klage nach § 771 ZPO widersprechen; Mentzel-Kuhn Anm. 8 zu § 127 KO.

2) Da der Berechtigte bei rechtswidrigen Verfügungen über den Sicherungsgegenstand nicht schlechter stehen kann, ergibt sich insoweit aus dieser gesetzlichen Regelung ein weiteres Argument für eine Anwendbarkeit des § 46 KO.

3) Hat der Dritte bereits vor Konkurseröffnung an den späteren Gemeinschuldner geleistet, so kann der Vorbehaltsverkäufer die ihm aus der rechtswidrigen Veräußerung erwachsenden Ansprüche nur als einfache Konkursforderungen geltend machen (vgl. Hahn, Motive, S. 184; RG 94, 20 ff -25-; Mentzel-Kuhn Anm. 12 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 12 zu § 46 KO; Serik I § 13 II 4 -S. 350-). Das gilt auch dann, wenn die Gegenleistung noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden ist. Die insofern unverständliche Enge des § 46 KO ist schon vielfach kritisiert worden; (vgl. Hellwig S. 246; Hochmuth S. 15).

Trotz des im Einzelfall nach der Art der ihn tragenden bürgerlich-rechtlichen Ansprüche verschiedenen Rechtsgrunds (etwa §§ 823, 989 ff, 687 II, 816 BGB), gibt § 46 KO dem Berechtigten einen im Umfang einheitlichen Anspruch auf "Herausgabe" der Gegenleistung aus der Konkursmasse. Die gegenständliche Beschränkung des Anspruchs auf die Gegenleistung rechtfertigt letztlich seine Qualifikation als Aussonderungsanspruch, der allerdings regelwidrig nicht auf Herausgabe massefremder, sondern auf die Übertragung massezugehöriger Gegenstände gerichtet ist. Diese Eigenart der Ansprüche aus § 46 KO war auch Anlaß zu Kontroversen in der früheren Literatur über ihre konkursrechtliche Einordnung. So wurde z.B. die Meinung vertreten, § 46 KO oder doch zumindest § 46 S. 2 KO beinhalte praktisch Masseschuldansprüche i.S. des § 59 Nr. 3 KO. Andere vertraten die Auffassung, die Vorschrift gebe Ansprüche eigener Art, sie paßten nicht in die vier Anspruchsgruppen der Konkursordnung (Konkursforderungen, Masseansprüche, Aus- und Absonderungsansprüche) [1].

Die zutreffende, schon früh von Hellwig [2] vertretene Auffassung von der Aussonderungsnatur der von § 46 KO gewährten Ansprüche kann, abgesehen von der bereits erwähnten gegenständlichen Rechtsfolge, auch auf die systematische Stellung der Vorschrift im Titel "Aussonderung" der Konkursordnung gestützt werden. Sie entspricht darüberhinaus der aus den Motiven ersichtlichen, unter Hinweis auf die Regelung des § 392 II HGB dargelegten Ansicht des Gesetzgebers, wonach die Gegenleistung im Verhältnis zum Gemeinschuldner und dessen Gläubigern materiell als dem Vermögen des Berechtigten zugehörig zu betrachten ist [3]. Seit der auf den Ausführungen Hellwigs aufbauenden, eingehenden Untersuchung Hochmuths aus dem Jahre 1930, sind Gegenstimmen in der Literatur verstummt. Es ist nunmehr allgemeine Meinung, daß § 46 S. 2 KO nur zum Zug kommen kann, wenn die Gegenleistung noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden ist [4].

---

1) Zum Streitstand vgl. Hochmuth S. 61 ff mit Nachw.

2) S. 247 ff.

3) Hahn, Motive, S. 183 f.

4) RG 98, 143 ff (149); 141, 89 ff (94); BGH NJW 1953, 217 f (218); BGH 10, 376 ff (384); 30, 176 ff (184); KG KTS 1968, 117 ff (120); Jaeger-Lent Anm. 17 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 14 zu § 46 KO; Böhle-Stamschräder Anm. 8 zu § 46 KO; Lent-Jauernig § 45 I 2; Serik I § 13 II 4 (S. 350); Schönke-Baur § 60 II 1; Mohrbutter C II 7; Meyer-Giesow KTS 1967, 29.

2. Die Unterscheidbarkeit bei Zahlungen

Das Kriterium der Unterscheidbarkeit bereitet Schwierigkeiten, wenn die an den Konkursverwalter erbrachte Gegenleistung in einer Zahlung besteht.

In den meisten Fällen zahlt der Dritte bargeldlos, d.h., erfüllt er seine Verbindlichkeit dadurch, daß er den geschuldeten Betrag auf ein Bank- oder Postscheckkonto überweist. Hier ist die von § 46 S. 2 KO geforderte Unterscheidbarkeit nach allgemeiner Meinung dann gegeben, wenn die Überweisung auf ein Sonderkonto erfolgt ist, auf dem sonst keine Buchungen vorgenommen worden sind [1].

Darüberhinaus hält die hM im Anschluß an R. Raiser [2] die Unterscheidbarkeit aber auch dann für gegeben, wenn die Überweisung durch den Dritten auf ein allgemeines, zur Konkursmasse gehöriges Konto ausgeführt worden ist. Das Argument für diese Ansicht liefert die Tatsache, daß bei jeder Überweisung eine gesonderte Buchung erfolgt. Dies, so wird gesagt, garantiere eine eindeutige Trennung von anderen Zahlungen. Insofern sei nicht einzusehen, warum die Ersatzaussonderung davon abhängig sein soll, ob die Zahlung auf ein besonderes oder ein allgemeines Konto erfolgt sei [3] [4].

Bei genauer Betrachtung zeigt sich indessen, daß der Hinweis auf die infolge der Verbuchung bestehende "Sonderungsfähigkeit" der Zahlung im Hinblick auf den auch für das Kriterium der Unterscheidbarkeit maßgebenden Aussonderungsbegriff des § 43 KO allein nicht ausreicht. Die Forderung, die der Konkursmasse infolge der Gutschrift auf dem Konto gegen die Bank bzw. Post zusteht, ist nicht "die Gegenleistung" selbst, sie hat ihren Grund allein in dem Kontovertrag [5]. Die

---

1) Vgl. etwa BGH 30, 176 ff (384).

2) VersR 1954, 201 ff (203)

3) R. Raiser aaO., dem Mentzel-Kuhn (Anm. 14 zu § 46 KO), Jaeger-Lent (Anm. 17a zu § 46 KO) und der BGH (BGH 30, 176 ff -186-) gefolgt sind.

4) Dem könnte vorab nur unter der Einschränkung beigepflichtet werden, daß auf dem Massekonto beim Eintreffen der Überweisung kein Debetsaldo bestand, der durch die Gutschrift lediglich vermindert worden ist. Hier wäre § 46 S. 2 KO ebensowenig anwendbar wie in dem vergleichbaren Fall, daß der Schuldner etwa auf Weisung des Konkursverwalters den Betrag an einen Dritten gezahlt und damit die Konkursmasse von einer Verbindlichkeit befreit hat (§ 362 II BGB). In diesen Fällen fehlt es an einer für die Anwendbarkeit des § 46 KO unerläßlichen Vermehrung der Aktivmasse durch die Gegenleistung; vgl. oben S. 47.

5) Über die Beurteilung der rechtsbegründenden Wirkung der Gutschrift herrscht allerdings Streit; vgl. dazu Schlegelberger-Hefermehl Rdn. 44 ff. Anh. zu § 365 HGB m. Nachw.

kontoführende Stelle nimmt danach die Gutschrift vor, weil ihrem Vermögen ein entsprechender Betrag zugunsten der Konkursmasse von dritter Seite zugeflossen ist. Man denke zur Verdeutlichung dabei an den Fall, daß der Erwerber des Aus- bzw. Absonderungsgegenstands den geschuldeten Betrag in bar bei der Bank oder Post auf das Konto der Konkursmasse eingezahlt hat. Die eigentliche Gegenleistung, also der Barbetrag, hat hier die Konkursmasse nie erreicht, sondern ist - an Zahlungs statt - in das Vermögen der Bank übergegangen. Der Fall der Überweisung liegt gleich. Daraus ergibt sich, daß die Aussonderungsfähigkeit im strengen Sinn des § 43 KO aber auch dann nicht mehr gegeben ist, wenn die Zahlung - sei es in bar oder mittels Überweisung - auf ein Sonderkonto erfolgt ist, das der Konkursverwalter eigens zu ihrer Aufnahme eingerichtet hat. Genau genommen läge sonach eine Unterscheidbarkeit i.S. des § 46 S. 2 KO nur vor, wenn der Schuldner die Zahlung in bar an den Konkursverwalter erbracht und dieser den Geldbetrag getrennt von den übrigen Barmitteln der Konkursmasse aufbewahrt hat. Damit würde aber der Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich eingeengt sein.

Angesichts dieser Tatsache ist erwogen worden, das Merkmal der Unterscheidbarkeit generell für die Fälle fallen zu lassen, in denen die Gegenleistung in einer Zahlung besteht. Dem ist indessen schon das RG [1] entgegengetreten und hat ausgeführt, zwar lasse sich einwenden, daß, wenn auch der allgemeine Aussonderungsanspruch des § 43 KO begrifflich auf individuell bestimmte Gegenstände beschränkt sein müsse, die Ansprüche der Ersatzaussonderung in § 46 KO eine derart selbständige Regelung gefunden haben, daß eine Übertragung der rechtlichen Natur des allgemeinen Aussonderungsanspruchs nicht unbedingt geboten erscheine. In S. 2 handele es sich ohnehin nicht mehr um dem Berechtigten unterscheidlich zustehende Gegenstände, sondern um eine Leistung an die Masse, die, soweit Geld in Frage steht, nicht anders vor sich geht als eine Zahlung auf irgendeine Forderung des Gemeinschuldners. Immerhin sei diesen Bedenken aber nicht soviel Gewicht beizulegen, daß sie ein Abgehen von der bisherigen Rspr. des RG rechtfertigen könnten.

Dem ist beizupflichten. Wollte man auf das Merkmal der Unterscheidbarkeit insoweit verzichten, so könnte von einer Ersatzaussonderung keine Rede mehr sein. Die konkursrechtliche Natur der Ansprüche aus § 46 KO erfordert die Aussonderungsfähigkeit ihrer Gegenstände zwingend; ohne sie würde der Unterschied zu den Masseansprüchen des § 59 Nr. 3 KO völlig verwischt.

Das von der hM im Fall der Überweisung der Gegenleistung zu Recht erstrebte Ergebnis läßt sich indessen mittels einer der besonderen Eigenart des Buchgeldes

---

1) RG 98, 143 ff (149).

gerecht werdenden Modifikation des Begriffs der Unterscheidbarkeit halten. Während das in Münzen oder Scheinen verkörperte Geld vom Gesetz als bewegliche Sache angesehen und den Regeln über Erwerb und Verlust von Fahrniseigentum unterstellt wird, ist das Buchgeld allein durch die Forderung des Kontoinhabers gegenüber der kontoführenden Stelle rechtlich charakterisiert. Hervorstechendstes Merkmal des Geldes ist nun aber nicht seine (oft zufällige) "rechtliche Gestalt", sondern seine wirtschaftliche Funktion als Tauschmittel, Wertmaßstab bzw. Kaufkraftträger [1]. Dieser Eigenart, die die Form der "Verkörperung" des Geldes bedeutungslos werden läßt, ist im Rahmen des Begriffs der Unterscheidbarkeit i.S. des § 46 S. 2 KO durch eine Gleichstellung von Bargeld und Buchgeld Rechnung zu tragen. Die flüssigen Geldmittel der Konkursmasse vermehren sich mit der Gutschrift auf dem Bank- bzw. Postscheckkonto in gleicher Weise wie bei der Übereignung von Bargeld. Ist Anknüpfungspunkt für die Unterscheidbarkeit bei Bargeld entsprechend seiner sachenrechtlichen Einordnung grundsätzlich der konkrete Wertträger (Note, Münze), so kommt dafür bei Buchgeld nur die Buchung in Betracht. Sie ist als condicio sine qua non für die Entstehung des Buchgelds gleichzeitig eindeutiges Merkmal für die Identifizierung desjenigen, was der Konkursmasse als Gegenleistung für den veräußerten Aus- bzw. Absonderungsgegenstand von dem Erwerber zugeflossen ist. Nur auf diesem Wege kann erreicht werden, daß zwei wirtschaftlich absolut gleichwertige Vorgänge wie die Zahlung auf ein Sonderkonto (durch Überweisung oder in bar) und die Barzahlung verbunden mit einer gesonderten Aufbewahrung des Betrags durch den Konkursverwalter im Rahmen des § 46 S. 2 KO gleichgestellt sind. Ansonsten müßte die Unterscheidbarkeit ja z.B. dann verloren gehen, wenn der Konkursverwalter das von dem Dritten geleistete Bargeld auf ein errichtetes Sonderkonto legt. Ein solches Ergebnis wäre völlig unverständlich.

Ist somit im Ergebnis mit der hM die Buchung als Kriterium für die Unterscheidbarkeit der der Konkursmasse zugeflossenen Gegenleistung anzuerkennen, so kann konsequenterweise keine Rolle spielen, ob die Überweisung bzw. Einzahlung des Betrags auf ein Sonderkonto oder ein allgemeines Konto der Konkursmasse erfolgt ist [2]. Die Identifizierung der Gegenleistung ist in gleicher Weise möglich [3].

---

1) Vgl. Wolff-Raiser § 65 IV
Diese Tatsache war Anlaß mehrerer Versuche, das Geld einheitlichen Regeln zu unterstellen, insbesondere das Bargeld aus der Sachenrechtsordnung herauszunehmen; vgl. dazu Kaser AcP 143 (1937) 1 ff; Simitis AcP 159 (1966), 406 ff; Reinhardt, Festschrift, S. 60 ff; Westermann § 30 V. Zur Kritik vom Standpunkt des geltenden Rechts aus vgl. Wolff-Raiser aaO u. § 84 III Fn. 6, sowie Lange AcP 147, 330.

2) Jaeger-Lent Anm. 17 zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 14 zu § 46 KO.

3) Zu dem Fall, daß nach der Überweisung der Gegenleistung Abbuchungen von dem Konto erfolgt sind, vgl. unten S. 75 f.

Meyer-Giesow [1] ist dem entgegengetreten, obwohl er der hM für den Fall der Überweisung auf ein Sonderkonto im Hinblick auf den gleichwertigen Fall der gesonderten Verwahrung eines Barbetrags durch den Konkursverwalter zustimmt. Seiner Ansicht nach kann den Buchungen in diesem Fall für die Frage der Unterscheidbarkeit keine Bedeutung beigemessen werden. Praktisch und wirtschaftlich, so führt er aus, stelle ein Konto eine Buchgeldkasse dar, wobei die Gutschriften den Einzahlungen in eine Bargeldkasse entsprächen. Ebenso wie bei einem Konto die Eingänge durch Buchungen belegt würden, seien bei ordnungsgemäßer Führung einer Bargeldkasse Belege über die jeweiligen Einzahlungen vorhanden. Es sei aber noch niemand auf die Idee gekommen, daß eine in Bargeld entrichtete Gegenleistung aufgrund eines vorhandenen Eingangsbeleges noch unterscheidbar in der Konkursmasse sei [2].

Allerdings geht nach allgemeiner Meinung die Unterscheidbarkeit einer in Bargeld bestehenden Gegenleistung dadurch verloren, daß sie mit anderen Barmitteln der Konkursmasse untrennbar vermengt worden ist [3]. Nach richtiger Ansicht steht dem Berechtigten jedoch auch in diesem Fall ein Ersatzaussonderungsanspruch nach § 46 S. 2 KO zu, vorausgesetzt, daß die Höhe der vermengten Geldbeträge eindeutig feststeht. Das Argument Meyer-Giesows wird auf diese Weise entkräftet.

Da für die Unterscheidbarkeit bei Bargeld von Aussonderungsbegriff des § 43 KO auszugehen ist, soll zur Verdeutlichung zunächst der Fall dargestellt werden, daß fremdes Geld versehentlich mit solchem der Konkursmasse vermengt worden ist. Kann nämlich der Berechtigte in diesem Fall Aussonderung eines Geldbetrags in Höhe des Werts der ihm gehörigen Noten bzw. Münzen erlangen, so muß auch in dem oben genannten Fall ein Ersatzaussonderungsanspruch gegeben sein.

In Ermangelung besonderer Vorschriften des BGB für die Vermengung von Geld wendet die hM die §§ 948 I, 947 BGB an mit der Folge, daß Miteigentum an dem gesamten Geldbestand im Verhältnis der vermengten Geldwerte entsteht [4] [5].

---

1) KTS 1967, 29 ff (30).

2) Meyer-Giesow verneint die Unterscheidbarkeit und damit die Möglichkeit einer Ersatzaussonderung in beiden Fällen gleichermaßen.

3) Vgl. etwa Jaeger-Lent Anm. 17 zu § 46 KO.

4) §§ 741 ff BGB, 1008 ff BGB; Baur SR § 53a III 2; Staudinger-Berg Rdn. 6 zu § 948 BGB; Mentzel-Kuhn Anm. 4 zu § 43 KO; Erman-Hefermehl Anm. 2c zu § 948 BGB.

5) Vom Standpunkt derjenigen Schriftsteller, die die Anwendbarkeit der §§ 947, 948 BGB bei der Vermengung von Geld überhaupt verneinen und dem Berechtigten eine sog. "Wertvindikation" zugestehen, ist die Aussonderungsfähigkeit eines versehentlich zur Masse gekommenen Geldbetrags kein Problem. Vgl. Kaser AcP 143, 1 ff (22), auch Westermann § 30 V.

Im Konkurs sind nunmehr zwar nicht die ursprünglich zur Konkursmasse gekommenen Noten bzw. Münzen als solche aussonderungsfähig; das Gesetz schützt indessen den Berechtigten dadurch, daß es ihm auch hinsichtlich des infolge der Vermengung erworbenen Miteigentumsanteils ein Aussonderungsrecht zubilligt [1]. Während die ältere Lehre [2] zur Auseinandersetzung der Miteigentumsgemeinschaft noch einen Teilungsvertrag zwischen den Miteigentümern gem. §§ 749, 752 BGB mit einer anschließenden verhältnismäßigen Übertragung für erforderlich hält, wird in der neueren Literatur im Anschluß an Heck [3] davon ausgegangen, daß den Miteigentümern in entsprechender Anwendung des § 419 II HGB und des § 6 DepG ein selbständiges "Sonderungsrecht" hinsichtlich des auf sie entfallenden Anteils an dem gesamten Geldbestand zusteht [4]. Die Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft erfolgt im Konkurs somit dadurch, daß dem aussonderungsberechtigten Miteigentümer der ihm gebührende Anteil nach realer Teilung vom Konkursverwalter ausgeliefert wird; der andere Anteil verbleibt in der Konkursmasse. Diese Art der Teilung ist im Hinblick auf die erwähnte Eigenart des Geldes als Wertträger gerechtfertigt: sie verschiebt nur die für die beiderseitigen Interessen bedeutungslosen Rechte am Geld als Sache, läßt aber die maßgebenden Beziehungen der Beteiligten zum Geld als Wert unberührt [5]. Da der Anspruch auf Auslieferung des Anteils nach realer Teilung an die Stelle der Miteigentumsberechtigung tritt, ist er im Konkurs selbst i.S. des § 43 KO der Aussonderung fähig [6].

---

1) Jaeger-Lent Anm. 20 zu § 43 KO; Mentzel-Kuhn aaO., Böhle-Stamschräder Anm. 2 zu § 43 KO.

2) Vgl. Staudinger-Berg aaO. m.w.Nachw.

3) § 62 3.

4) Wolff-Raiser § 72 Fn. 22; Baur SR § 53a III; Westermann § 52 II b; Reinhardt, Festschrift S. 90 f.; Simitis AcP 159, 406 ff (462); Soergel-Siebert-Mühl Rdn. 3 zu § 948 BGB; vgl. auch BGH 14, 114 ff (121).

5) Westermann aaO; vgl. auch Heck § 62 3. Dies ist i.ü. nicht der einzige Fall, in dem den bei Geld gegebenen besonderen Umständen Rechnung getragen wird. So hat die hM z.B. unter Aufgabe der grundsätzlich bei Bargeld anzuwendenden sachenrechtlichen Grundsätze gegen eine Forderung auf Herausgabe von Geld (§ 985 BGB) die Aufrechnung mit einer Geldforderung zugelassen; vgl. RG 150, 50 ff (52), Soergel-Siebert-Mühl Rdn. 17 zu § 985 BGB und Wolff-Raiser § 66 IV Fn. 20 m.w.Nachw.

6) Jaeger-Lent Anm. 9 zu § 16 KO und Anm. 29 d zu § 43 KO für den Anspruch nach § 419 II HGB.

Kann sonach in dem genannten Beispiel der Berechtigte Aussonderung eines Geldbetrags erlangen, der im Wert den versehentlich zur Konkursmasse gekommenen Noten bzw. Münzen entspricht, so muß auch ein Ersatzaussonderungsanspruch für den Fall gegeben sein, daß die in bar entbrachte Gegenleistung mit anderem Bargeld in der Masse vermengt worden ist. Den besonderen Umständen bei Geld angemessen liegt die von § 46 S. 2 KO vorausgesetzte Aussonderungsfähigkeit der Gegenleistung auch dann noch vor, wenn der Bargeldbestand der Konkursmasse und die Höhe des geleisteten Geldbetrags im Zeitpunkt der Vermengung feststehen. Eine entsprechende Feststellung ist bei einer im Regelfall gegebenen ordnungsgemäßen Kassenführung durch den Konkursverwalter ohne weiteres möglich. Kann sie indessen nicht getroffen werden [1] (Auskunftsrecht des Berechtigten gegenüber dem Konkursverwalter!), so besteht ein Anspruch nach § 46 S. 2 KO nicht. Der Berechtigte kann aber möglicherweise Masseansprüche nach § 59 Nr. 1 KO oder § 59 Nr. 3 KO geltend machen [2].

Unter den beschriebenen Voraussetzungen ist damit die Barzahlung der Überweisung im Rahmen des § 46 S. 2 KO gleichgestellt. Die hier vertretene Meinung liefert auch befriedigende Ergebnisse: so kann etwa ein Ersatzaus- oder Absonderungsanspruch bejaht werden, wenn der Konkursverwalter die in bar erbrachte Gegenleistung zunächst mit anderem Bargeld vermengt, später aber einen entsprechenden Betrag wieder ausgesondert und auf die Seite gelegt oder auf ein (Sonder)-Konto eingezahlt hat, um notfalls den Anspruch aus § 46 S. 2 KO (nach erfolgreicher Klage des Berechtigten) erfüllen zu können. Die hM müßte hier konsequenterweise wegen der ihrer Meinung nach mit der Vermengung des empfangenen Bargelds untergegangenen Unterscheidbarkeit der Gegenleistung die Möglichkeit einer ersatzweisen Aus- bzw. Absonderung verneinen.

Die Unterscheidbarkeit der Gegenleistung geht nach hM für den Fall der Überweisung auch dadurch nicht verloren, daß von dem betreffenden Konto anschließend Abbuchungen vorgenommen werden [3]. Das ist sicher unrichtig, wenn die Abbuchungen das Guthaben auf dem Konto erschöpft haben. Die Annahme einer gleichwohl noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhandenen Gegenleistung

---

1) Die Beweislast hierfür obliegt dem Berechtigten; vgl. dazu RG 112, 102; BGH NJW 1958, 1534.

2) Vgl. etwa BGH 10, 376 ff (377); Mentzel-Kuhn Anm. 13 zu § 46 KO; Jaeger-Lent Anm. 17 zu § 46 KO; Baur, Fälle, S. 75 Fn. 20.

3) Zur Begründung wird lediglich darauf hingewiesen, daß die "Sonderungsfähigkeit" infolge der Buchung durch nachfolgende Kontobewegungen nicht berührt wird; vgl. Jaeger-Lent Anm. 17a zu § 46 KO; Mentzel-Kuhn Anm. 14 zu § 46 KO.

wäre hier eine "reine Fiktion" [1] zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger. Dasselbe gilt für den Fall der Barzahlung, wenn der Konkursverwalter die gesamten Barmittel der Konkursmasse ausgegeben hat.

Richtig dürfte ansonsten folgendes sein: hat der Konkursverwalter mit Rücksicht auf die Geltendmachung eines Ersatzaus- bzw. Absonderungsanspruchs einen dem eingegangenen Betrag entsprechenden "Bodensatz" auf dem Konto bzw. in der Kasse gehalten, so ist die Gegenleistung trotz erfolgter Abbuchungen bzw. Entnahmen weiterhin unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden; dieser Fall kann nicht anders beurteilt werden als derjenige, in dem der Konkursverwalter einen der Gegenleistung entsprechenden Barbetrag vor der Entnahme ausgesondert bzw. vor der Abbuchung auf ein Sonderkonto genommen hat. In allen anderen Fällen, also regelmäßig dann, wenn der Konkursverwalter von einer Anspruchsberechtigung nach § 46 S. 2 KO keine Kenntnis hat, ist die Unterscheidbarkeit der Gegenleistung mit Meyer-Giesow [2] entgegen der hM abzulehnen, da nicht mehr festgestellt werden kann, welcher der auf dem Konto verbuchten bzw. in der Kasse vermengten Beträge Gegenstand der Abbuchung bzw. Entnahme war [3]. Der Berechtigte muß auch hier auf mögliche Masseansprüche nach § 59 Nr. 1 oder Nr. 3 KO verwiesen werden. Die hM benachteiligt die übrigen Konkursgläubiger auch in unbilliger Weise, wenn sie der Konkursmasse einen Betrag für einen Anspruch nach § 46 S. 2 KO entzieht, von dem nicht mehr gesagt werden kann, er sei noch in ihr vorhanden. Der besondere Schutz fremder Rechte im Konkurs mit Hilfe dieser Vorschrift muß enden, wenn ihr Gegenwert nicht mehr eindeutig identifiziert werden kann.

Es erscheint auch nicht vertretbar, entsprechend einem bei Reinhardt [4] gefun-

---

1) Meyer-Giesow KTS 1969, 29 ff (30).

2) aaO.

3) Auch Baur (Fälle S. 74 f) hält angesichts dieser Tatsache die Unterscheidbarkeit nicht mehr für gegeben. Gleichwohl will er der hM für den Fall der Überweisung der Gegenleistung folgen, weil man seines Erachtens zu schwer verständlichen Differenzierungen kommt, je nachdem, ob die Bezahlung in bar oder durch Überweisung erfolgt ist. Dieses Argument ist nicht recht verständlich. Gerade die hM kommt ja von vornherein zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem, ob der Dritte in bar geleistet und der Konkursverwalter den Betrag mit anderen Barmitteln der Konkursmasse vermischt hat oder ob die Gegenleistung durch Überweisung auf ein allgemeines Konto der Konkursmasse erbracht worden ist. (vgl. oben S. 73 ff.) Die hier vertretene Auffassung wird von dem Argument Baurs jedenfalls nicht getroffen.

4) Festschrift S. 97.

denen Gedanken anzunehmen, die Abbuchungen von dem Konto bzw. die Entnahmen aus der Kasse seien stets auf die der Konkursmasse zustehenden Beträge anzurechnen. Dem Argument dafür, es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn sich hier der Konkursverwalter gegenüber einem Anspruch aus § 46 S. 2 KO darauf berufen wollte, die Gegenleistung zu Zahlungen verwendet zu haben, kann nicht zugestimmt werden, da § 242 BGB für die Frage nach der Aussonderungsfähigkeit kein taugliches Kriterium abgibt. Aus § 46 KO erwächst dem Berechtigten nur ein Anspruch, wenn die Gegenleistung tatsächlich noch unterscheidbar in der Konkursmasse vorhanden ist, nicht aber, wenn sie sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben noch darin befinden müßte.

3. Inhalt und Umfang des Anspruchs nach § 46 S. 2 KO

Der Anspruch des Vorbehaltsverkäufers nach § 46 S. 2 KO geht auf Übertragung der noch aussonderungsfähig in der Konkursmasse vorhandenen Gegenleistung für das veräußerte Vorbehaltsgut, soweit sie nicht das Äquivalent für das Anwartschaftsrecht bildet. Es tritt keine dingliche Surrogation ein.
War Gegenstand der Veräußerung das dem Vorbehaltsverkäufer zur Sicherung übereignete Arbeitsprodukt des Vorbehaltskäufers oder hat der Konkursverwalter die im Wege der Vorausabtretung auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangene Forderung eingezogen, so erfolgt die Herausgabe der Gegenleistung zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung für die (Rest)Kaufpreisforderung aus dem Vorbehaltskauf.

V. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN DEM ANSPRUCH AUS § 46 KO UND DEM ANSPRUCH AUS DEM VORBEHALTSKAUF BEI DER VERÄUSSERUNG VON VORBEHALTSGUT [1]

Veräußert der Vorbehaltskäufer oder der Konkursverwalter die Vorbehaltssache vor Bezahlung des Kaufpreises rechtswidrig an einen Dritten, so erwachsen dem Vorbehaltsverkäufer Ansprüche etwa nach den §§ 823 I, 816 I BGB. Der Schaden, der dem Vorbehaltsverkäufer unmittelbar aus der durch die Veräußerung

---

1) Keine Besonderheiten ergeben sich bei der Veräußerung von Sicherungsgut bzw. der Einziehung der auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangenen Forderung. Hier erlischt der Kaufpreisanspruch des Vorbehaltsverkäufers insoweit, als dieser Befriedigung aus der "Gegenleistung" erlangt hat; vgl. § 64 KO.

bedingten Verletzung des Vorbehaltseigentums entstanden ist, "entfällt" indessen wieder, wenn anschließend der Kaufpreisanspruch erfüllt wird. Danach liegt auch keine ungerechtfertigte Bereicherung des Vorbehaltskäufers bzw. der Konkursmasse hinsichtlich des aus der Veräußerung empfangenen Gegenwerts für die Vorbehaltssache mehr vor. Diese Anspruchskonkurrenz ergibt sich letztlich aus dem Sinn und Zweck des Vorbehaltskaufs, wonach das Vorbehaltseigentum, dessen Verletzung die Ansprüche entstehen läßt, dem Vorbehaltsverkäufer nur zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung dient.

Nun entfällt aber auch der Anspruch des Vorbehaltsverkäufers aus § 46 KO infolge der anspruchsverstärkenden Funktion dieser Vorschrift mit dem Erlöschen der ihn tragenden bürgerlich-rechtlichen Ansprüche [1]. Dies führt zu folgenden Ergebnissen:

Sind (Rest)Kaufpreisanspruch und Ersatzaussonderungsanspruch gleich hoch oder ist letzterer höher, so bringt eine Zahlung des Konkursverwalters in Höhe des (Rest)Kaufpreisanspruchs an den Vorbehaltsverkäufer den (höheren) Ersatzaussonderungsanspruch zum Erlöschen. [2] In diesen Fällen wird durch § 46 KO somit nur gewährleistet, daß der Vorbehaltsverkäufer seinen Kaufpreisanspruch in voller Höhe erhält [3]. Wegen der bestehenden Ersatzaussonderungsberechtigung ist der Konkursverwalter zu dieser Zahlung auch befugt; die Rechte der übrigen Konkursgläubiger werden nicht verletzt.

Ist dagegen der (Rest)Kaufpreisanspruch des Vorbehaltsverkäufers höher als der Ersatzaussonderungsanspruch (etwa bei einer Verschleuderung der Vorbehaltsware), so garantiert § 46 KO lediglich, daß der Vorbehaltsverkäufer einen Betrag in Höhe der Gegenleistung, abzüglich des zur Konkursmasse gehörigen Gegenwerts für das Anwartschaftsrecht erhält. Falls der (Rest)Kaufpreisanspruch in diesem Fall nicht durch Erfüllungswahl gem. § 17 KO Masseschuld nach § 59 Nr. 2 KO geworden ist oder die Konkursmasse zur Begleichung der Masseschulden nicht ausreicht, bleibt der Vorbehaltsverkäufer mit dem unerfüllten Rest seiner Forderung gewöhnlicher Konkursgläubiger. Wollte man in diesen Fällen dem Vorbehaltsverkäufer mit Hilfe des § 46 KO den Zugriff auf die volle Gegenleistung gestatten, wie die hM dies tut, so würde der Konkursmasse zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger der Gegenwert für das Anwartschaftsrecht unge-

---

1) Vgl. oben S. 14

2) Gleichzeitig erlöschen etwaige Ansprüche des Vorbehaltsverkäufers nach § 59 Nr. 1 oder Nr. 3 KO.

3) Insoweit führt die hier vertretene Meinung zu dem auch von Serik - allerdings mit verfehlter Begründung - angenommenen Ergebnis; vgl. oben S. 61 f.

rechtfertigt entzogen. Zu demselben unbilligen Ergebnis kann hier u. U. die Meinung Seriks führen, nach der ein Ersatzaussonderungsanspruch nur insoweit ausgeschlossen ist, als er die (Rest)Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers übersteigt.

LEBENSLAUF

Am 31. März 1938 wurde ich als Sohn des Direktors i. R. Gustav Moritz und seiner Ehefrau Ruth geb. Käppler in Stuttgart geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach dem Besuch der Volksschule und des Gymnasiums legte ich am 22. März 1957 am Friedrich-List-Gymnasium in Reutlingen das Abitur ab. Anschließend absolvierte ich eine zweijährige Lehre bei der Deutschen Bank AG. Die Prüfung zum Bankkaufmann bestand ich am 21. Mai 1959. Im Juli 1959 wurde ich zur Ableistung des Wehrdienstes in die Bundeswehr berufen, die ich nach eineinhalb Jahren als Leutnant der Reserve wieder verließ. Das Studium der Rechtswissenschaften begann ich im Wintersemester 1960/61 an der Universität Tübingen, studierte dann vier Semester an der Universität München und kehrte danach für weitere sechs Semester an die Universität Tübingen zurück. Die Erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 27. Mai 1966. Neben der anschließenden Referendarzeit war ich zeitweise als Korrekturassistent an der Universität Tübingen beschäftigt. Am 8. Januar 1970 legte ich die Zweite juristische Staatsprüfung in Stuttgart ab. Im April 1970 trat ich als Finanzassessor in den Dienst der Finanzverwaltung des Landes Baden-Württemberg.